

Merc.
130. li

Lotholz

Merc.

130 li

DIE VORAUSSETZUNGEN
DER
HANDELSGESETZLICHEN RÜGEPFLICHT
NACH ART. 347 H. G. B.

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG
DER JURISTISCHEN DOCTORWÜRDE,
WELCHE MIT
GENEHMIGUNG DER HOHEN JURISTISCHEN
FACULTÄT

DER
VEREINIGTEN FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT
HALLE-WITTENBERG

AM SONNABEND DEN 14. MÄRZ 1896

VORMITTAGS 11 UHR

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

ÖFFENTLICH VERTEIDIGEN WIRD

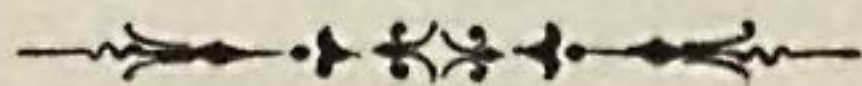
KARL LOTHOLZ,

REFERENDAR
AUS TORGAU.

OPPONENTEN:

HERR REFERENDAR **BOETTCHER.**

HERR REFERENDAR **HARING.**



HALLE A. S.,
HOFBUCHDRUCKEREI VON C. A. KAEMMERER & CO.
1896.

DIE VORABSETZUNGEN
DEN
HANDELGESETZLICHEN RÜGEPLICHT
NACH ART. 347 H. G. B.

IN AUCORAL-BIBLIOTHEK

ZU FRIEDLAND

DER JURISTISCHEN DOCTOR WURDE

AM 1. JULI 1881

GEFÜHRT IN DER HIER JURISTISCHEN

VEREINIGTEN UNIVERSITÄT

VEREINIGTEN UNIVERSITÄT

HALLER-WITTEBERG

IM SOXNITZ-STR. 11. JULI 1881



VEREINIGTEN UNIVERSITÄT
HALLER-WITTEBERG
IM SOXNITZ-STR. 11. JULI 1881

MEINEM VATER.

RENEE VATER.

Disposition.

§ 1.

Einleitung.

1. Praktische Wichtigkeit des Artikel 347.
2. Streitfragen hinsichtlich seiner Anwendung.

I. Abschnitt.

Geschichtliche Entwicklung.

§ 2.

1. Das bürgerliche Recht.

- a. Das römische Recht.
- b. Das alte deutsche Recht.
- c. Hamburger Recht.
- d. Allgemeines Landrecht.

§ 3.

2. Das Handelsrecht und das Institut des merkantilischen Empfanges.

§ 4.

3. Die Entstehungsgeschichte des Artikel 347. H. G. B.

II. Abschnitt.

Grund und Inhalt der Rügepflicht.

§ 5.

1. Annahmewirkung und Annahmewillen.

§ 6.

2. Inhalt der Rügepflicht.

III. Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Rügepflicht. (Art. 347 H. G. B.)

§ 7.

Übersicht — solutio und in solutum datio.

§ 8.

1. Kaufgeschäft.

§ 9.

2. Übersendung von Ort zu Ort.

3. Mängel.

a) § 10. Übersicht über die Streitfrage.

b) § 11. Lieferung eines aliud pro alio.

c) § 12. Quantitätsmängel.

d) § 13. Verpackungsmängel.

§ 14.

4. Entdeckung und Entdeckbarkeit.

§ 15.

5. Nichtvorhandensein eines Betrugs.

IV. Abschnitt.

Anwendung des Artikel 347 im Wege der Analogie.

§ 16.

1. Tausch und Werklieferung.

§ 17.

2. Platzgeschäfte.

§ 18.

3. Mängel der Zusendung.

a) Verpackung.

b) Zeit.

c) Ort.

§ 19.

4. Mängel in der Preisberechnung.

§ 20.

5. Erkennbarkeit vor der Zusendung.
 - 1) Ausfallprobe.
 - 2) Factura.

V. Abschnitt.

§ 21.

1. Das Verhältniß des Artikel 347 zum Landesrecht.

§ 22.

2. Modification der gesetzlichen Bestimmung durch Parteiabrede.

VI. Schluss.

Litteratur.

1. v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht .Leipzig 1882, 1895.
2. Anschütz-Voelderndorf: Commentar zum Handelsgesetzbuch. Erlangen 1885.
3. Boltze: Rechtsprechung des Reichsgerichts. Band 1, 2, 3, 5, 11.
4. Brinckmann: Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853—60.
5. Busch: Archiv für Handelsrecht. Band 1, 3, 4, 5, 7, 9, 15, 17, 25, 27, 30, 31, 40.
6. Conze: Kauf nach hanseatischen Quellen. Bonn 1889.
7. Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin 1893.
8. Endemann: Handbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1881—85. (E. H.)
9. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (R. O. H. G.) Band 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 24.
10. Entscheidungen des Reichsgerichts (R. G.). Band 1, 14, 17, 25.
11. Foerster-Eccius: Preussisches Privatrecht, 5. Aufl. Berlin 1887.
12. Gareis u. Fuchsberger: Commentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

13. Gareis: Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Auflage. Berlin 1892.
 14. Gareis: Dispositionsstellung. (Dispst.) Würzburg 1870.
 15. Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht. Band 16, 23, 24, 37.
 16. Hachenburg: Recht der Gewährleistung bei Tiermängeln. Mannheim 1888.
 17. Hahn: Commentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. Braunschweig 1871—83.
 18. Hanauseck: Haftung des Verkäufers. Berlin 1883—87.
 19. Hanauseck: Facturen und Facturenklauseln. Wien 1887.
 20. Hanseatische Gerichtszeitung von 1888, 1890, 1893.
 21. Heise u. Kropp: Juristische Abhandlungen. Band I. Hamburg 1827.
 22. Huber: Schweiz. Privatrecht. Basel 1893.
 23. Makower: Deutsches Handelsgesetzbuch, 10. Auflage. Berlin 1890.
 24. Motive zum Preuss. Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin 1859.
 25. Neues Archiv für Handelsrecht Band II.
 26. Protokolle zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1859.
 27. Puchelt: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Leipzig 1893.
 28. Puchta: Institutionen. Leipzig 1841.
 29. Seuffert: Archiv Band 42.
 30. Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. und 2. Auflage. Berlin 1893, 1894.
 31. Stobbe: Deutsches Privatrecht, Band III, 2. Auflage. Berlin 1885.
 32. Spaering: Französisches und englisches Handelsrecht. Berlin 1890.
 33. Thöl: Handelsrecht, 4. Auflage. Göttingen 1882.
 34. Windscheid: Pandecten, Band II, 7. Aufl. Düsseldorf 1891.
-

§ 1.

Einleitung.

Zu den praktisch wichtigsten Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs gehört Artikel 347 H. G. B., welcher die Geltendmachung der dem Käufer wegen Mängel der Waare zustehenden Rechte von einer rechtzeitigen Mängelanzeige abhängig macht. Er kommt im Handelsverkehr äusserst häufig zur Anwendung und schneidet tief in die Interessen der Beteiligten ein.

Ungeachtet dieser hervorragend praktischen Bedeutung ist das Anwendungsgebiet des Art. 347 H. G. B. keineswegs völlig klar gestellt. In Litteratur und Rechtsprechung bestehen zahlreiche Kontroversen und in einem der wichtigsten Punkte, in denen eine bestimmte Ansicht zur Herrschaft gelangt zu sein scheint, hält sie einer eingehenden Prüfung nicht Stand. Eine Theorie, welche fast ausnahmslos Anklang gefunden hat, gipfelt nämlich darin, dass Artikel 347 nur Platz greife, wenn es sich um Qualitätsmängel handele¹⁾. Dieser Standpunkt ist speciell bezüglich der Nichtanwendung des Artikel 347 auf Lieferung eines aliud pro alio von Schlo dtmann²⁾ zum Gegenstand einer Untersuchung gemacht und von ihm bekämpft worden. Schlodt-

1) Die Litteratur zu dieser Streitfrage siehe später bei § 10 dieser Untersuchung.

2) G. Z. Bd. 37 S. 1 fg.

mann hat bisher keine Zustimmung gefunden; allein es beruht dies unseres Erachtens nicht sowohl auf der Schwäche seiner Meinung, als darauf, dass er es an einer ausreichenden Begründung, namentlich aber an einer Heranziehung der Entwicklungsgeschichte des Artikel 347 H. G. B. hat fehlen lassen.

Aus diesem Grunde dürfte es sich rechtfertigen, das Anwendungsgebiet des Artikel 347 H. G. B. einer neuen selbständigen Untersuchung zu unterziehen. Derselben soll eine Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung, der praktischen Ziele und der systematischen Stellung des Artikel 347 vorangehen, um auf diese Weise die nötige Grundlage für die richtige Entscheidung der Streitfrage zu gewinnen.

I. Abschnitt.

Geschichtliche Entwicklung.

§ 2.

Das bürgerliche Recht.

Wenn wir bezüglich der geschichtlichen Entwicklung der Rügepflicht die einzelnen Rechtssysteme in das Auge fassen, so kann es sich nur darum handeln, zu untersuchen, wie lange die dem Käufer wegen mangelhafter Leistung des Verkäufers zustehenden materiellrechtlichen Ansprüche geltend gemacht werden können, wann sie durch Schweigen des Käufers als genehmigt zu betrachten sind.

I. Nach altem römischem *ius civile* haftet der Verkäufer für Mängel nur im Falle des *dolus*, d. h. wenn er die Mängel des Kaufgegenstandes arglistig verschwiegen oder ihre Abwesenheit versprochen hatte¹⁾. Für den Sklaven- und Viehkauf erweitert das *ädilicische Edikt* und später für alle Arten von Käufen körperlicher Sachen die Jurisprudenz die Pflicht des Verkäufers dahin, dass derselbe immer wegen verborgener Mängel haftet, wenn er ihre Anwesenheit dem Käufer nicht mitgeteilt hat²⁾. War dagegen der Mangel ein derartiger, dass er dem Käufer bei

1) Puchta, Institutionen III. § 275 S. 104. Windscheid Pandecten II, S. 435, An. 1.

2) l. 1, § 1, l. 38 pr. D. de aed. ed. 21, 1. cf. Puchta a. a. O. III, § 275 S. 105. Windscheid a. a. O. II, S. 436 Anm. 1.

gewöhnlicher Untersuchung, zu welcher besondere Sachkenntnis nicht erfordert wurde, auffallen musste, so konnte er bei späterer Entdeckung der Mangelhaftigkeit keine Ansprüche mehr erheben¹⁾).

Hinsichtlich dieses letzteren Satzes ist es allerdings sehr bestritten, ob der dolus des Verkäufers eine solche Wirkung hat, dass der Käufer, trotzdem der Mangel ein offener war, dennoch Ansprüche wegen desselben zu erheben berechtigt ist²⁾. Sei nun diese oder jene Meinung die richtige, immerhin bleibt der im höchsten Masse wichtige Punkt bestehen, dass schon das römische Recht eine Unterscheidung bezüglich erkennbarer und heimlicher Mängel macht, ja dass es noch weiter geht und eine Rüge offener Mängel nach der Annahme der Waare, vielleicht mit Ausnahme des dolus, ausschliesst. Hierin finden wir einen directen Berührungspunkt mit unserem modernen Handelsgesetzbuch, indem beide Rechte von dem Grundsatz ausgehen, dass es Pflicht jedes ordentlichen Käufers ist, sich den Kaufgegenstand genau anzusehen und dass, wenn dies nicht geschieht, der offenbare Mangel als genehmigt zu gelten hat.

Ein weiteres Bestreben des römischen Rechtes, welches das Handelsrecht ebenfalls zeigt, geht dahin, die Abwicklung der Handelsgeschäfte zu beschleunigen, indem es bezüglich der beiden Klagen, welche dem Käufer zur Erhebung von Ansprüchen wegen mangelhafter Waare gegeben sind, die *activ redhibitoria* und *quantum minoris*, eine kurze Frist zur Anstellung gewährt.

Wir finden also schon bei den Römern die Erkenntnis, von welcher Bedeutung schnelle Erledigung der Handelsgeschäfte ist und werden die gleiche Bemerkung nicht minder hinsichtlich des altdeutschen Rechtes machen.

1) Windscheid a. a. O. II, S. 436—37. Puchta a. a. O. III, § 275, S. 105. Hanauseck, Haftung des Verkäufers I, S. 84—85. cf. I 14, § 10, I 55. D de aed. ed. 21, 1.

2) cf. Hanauseck, Haftung des Verkäufers I, S. 85 u. Anm. 8.

II. Das ältere germanische Recht behandelt den Käufer insofern besonders streng, als es in noch höherem Masse wie unser Handelsgesetzbuch kurze Fristen zur Geltendmachung von Mängeln bestimmte. Nach demselben konnte der Käufer fahrender Habe — Liegenschaften sind ausgeschlossen — mangelhafte Waare, namentlich Vieh, nur in kurzer Frist, meistens binnen dreier Tage redhibieren und zwar nur unter der Voraussetzung, dass der Verkäufer den Fehler, der seinerseits ein erheblicher sein musste, gekannt und verheimlicht hatte¹⁾. Eine weitere nicht unbedeutende Beschränkung für Erhebung von Ansprüchen wegen Mängel bestand darin, dass die Redhibition überhaupt nicht statt hatte, wenn der Verkäufer nebst einem Eideshelfer schwören konnte, dass er bei dem Abschlusse des Geschäftes den Fehler nicht gekannt habe²⁾.

Ähnliche Normierungen traf das angelsächsische und schwedische Recht. Das erstere bestimmte, dass der Käufer innerhalb 50 Tagen eine Sache zurückgeben konnte, wenn er Fehler bemerkte und der Verkäufer nicht zu schwören vermochte, dass jene ihm zur Zeit des Kaufes unbekannt gewesen seien³⁾.

Das altschwedische Recht kennt kein allgemeines Rücktrittsrecht des Käufers nur deshalb, weil er in Unkenntniss von irgend welchen Fehlern der Waare dieselbe gekauft und in Empfang genommen hat. Nach östgotischem Recht kann der Kauf von Mobilien im Allgemeinen nur wegen eines solchen Fehlers vom Käufer rückgängig gemacht werden, der ihm vom Verkäufer verborgen worden war. Leugnet der Verkäufer das Letztere, so hat er einen Unschuldseid zu schwören. Dieses an sich äusserst beschränkte Rücktrittsrecht wurde dadurch noch mehr be-

1) Heise u. Kropp, Juristische Abhandlungen Bd. I, S. 165. lex Baiuvarika tit. 15, cap. 9. Capitulum lib. V. cap. 362.

2) cf. die unter Anm. 1 citierten.

3) Heise u. Kropp I, S. 166—67.

grenzt, dass es der Käufer nur innerhalb einer „fünfnächtigen“ Frist geltend machen konnte¹⁾. Etwas günstiger für den Käufer gestalten sich die Verhältnisse beim Viehkauf. Hier kann er wegen jeden Fehlers zurücktreten, den er innerhalb einer, allerdings auch hier meist sehr kurz bemessenen, Frist entdeckt. War jedoch der Kauf auf offenem Markte abgeschlossen, so konnte ein Rücktritt überhaupt nicht mehr stattfinden²⁾.

Die spätere Entwicklung dieser altgermanischen dem Verkäufer so günstigen Bestimmungen ging dahin, dass deren allgemeine Grundsätze in den späteren Rechtsaufzeichnungen und Satzungen keine Aufnahme fanden und nur häufig die besonderen Normen über den Viehandel beibehalten wurden³⁾. Aus diesem Grunde wie in Folge der Bedürfnisse eines sich immer reger gestaltenden Verkehrslebens fand im späteren Mittelalter eine allmähliche Annäherung an die römisch-rechtlichen Regeln bezüglich der Haftung des Verkäufers für Eviction und Mängel statt, indem in den Verkaufsurkunden die diesbezügliche Garantie des Verkäufers zugesagt wurde. Sehr bald wurde dann diese neuere Auffassung zum allgemeinen Grundsatz erhoben und in die Statutarrechte aufgenommen⁴⁾.

III. Abgesehen davon, dass die alten deutschen Grundsätze mit ihren kurzen Fristen und ihrer Strenge gegen den Käufer sich bezüglich des Viehandels erhalten hatten⁵⁾, finden wir sie sonst nur noch in wenigen Particularrechten, namentlich im Hamburger und Lübecker Recht.

1) v. Amira, Nordgermanisches Obligationsrecht I, S. 568—69.

2) v. Amira, a. a. O. I, S. 569. Ähnliche Bestimmungen wie das altschwedische enthielt das westnordische Recht. cf. v. Amira, a. a. O. Bd. II, S. 698 fg.

3) Heise u. Kropp I, S. 174.

4) Huber, Schweiz. Privatrecht IV, S. 853—54.

5) Huber a. a. O. S. 854. Stobbe, deutsches Privatrecht S. 245 fg.

Dieselben unterscheiden einen Handel mit und ohne einen Gottespfennig. Ersterer ist für beide Teile sofort unauflöslich, doch gestattet das lübische Recht die Rückgabe des Handgeldes bei unverwandtem Fusse und hiermit einen Rücktritt vom Handel¹⁾.

Für den Kauf ohne Gottespfennig ist es Vorschrift beider Rechte, dass hinsichtlich einer Waare, die der Käufer besehen und darauf in seine Were genommen hat, eine Geltendmachung von Mängeln natürlicher Art dem Käufer nicht mehr gestattet wird²⁾, sofern nicht etwa zwischen den Kontrahenten eine andere Abrede, z. B. Kauf auf Probe, getroffen ist. Der dolus des Verkäufers dagegen bewirkt stets Anfechtbarkeit des Kaufes; hier erlischt das Rügerecht des Käufers keineswegs mit der Besichtigung³⁾.

War die Waare gekauft ohne besehen zu sein, so war der Käufer verpflichtet, gleich nach dem Empfang die Waare zu untersuchen. Gab er nämlich nicht binnen kurzer Frist nach Zustellung der Waare dem Verkäufer gegenüber die Erklärung ab, dass dieselbe mangelhaft sei, so blieb er gebunden, selbst wenn er den Mangel erst nach längerer Zeit entdeckte, also vorher gar nicht sein Missfallen aussprechen konnte. Eine gesetzlich fixierte Präklusivfrist, innerhalb welcher die Erklärung geschehen sein musste, bestand nicht, man überliess vielmehr die Bestimmung dieser Frist in diesem Falle dem billigen Ermessen der Parteien⁴⁾.

1) Heise u. Kropp I, S. 174.

2) Heise u. Kropp I, S. 174, 171. Conze, Kauf n. hans. Quellen S. 93—94. 98—99. Zwischen beiden besteht eine Controverse, ob das Besehen des Käufers eine Rechtspflicht sei und darüber, ob dem Käufer ohne dieses ein willkürliches Rücktrittsrecht zustehe. Ein Eingehen würde zu weit führen, doch scheint uns Conze das richtige zu treffen, wenn er dem Besehen nicht eine solche Bedeutung beilegt, cf. Hamb. Recht v. 1292, VI, 27; v. 1270 G. 22. Lüb. Recht Cod. II, art. 239.

3) Conze, a. a. O., S. 97.

4) Conze a. a. O., S. 106. Heise u. Kropp I, S. 174.

Diese Principien zeigen eine derartige Lebenskraft, dass sie in das Hamburger Stadtrecht von 1603 aufgenommen, noch heute für den Platzverkehr Hamburg's gelten¹⁾. Das revidierte lübische Recht hat dagegen dem Eindringen des römischen Rechts nicht Widerstand zu leisten vermocht und schliesslich eine Fassung erhalten, welche dessen Grundsätzen entspricht²⁾.

IV. Das allgemeine Landrecht steht in der hier zu behandelnden Frage mehr unter dem Einfluss des römischen als des deutschen Rechts. Es unterscheidet vorbedungene und gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften. Gehen einer Sache die vorbedungenen Eigenschaften ab, so ist der Empfänger berechtigt, auf Gewährung derselben anzutragen. Kann der Geber dem Antrage nicht nachkommen, dann steht es dem Empfänger frei, von dem Kontrakte abzugehen und den Gegenstand in dem empfangenen Zustand zurückzugeben oder das Preisminderungsrecht geltend zu machen³⁾. Die Annahme einer Sache, welcher die vorbedungenen Eigenschaften fehlen, gilt niemals als Genehmigung⁴⁾.

Die Mängel hinsichtlich gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften behandelt das Landrecht verschieden, je nachdem sie sich als verborgene oder offenbare darstellen. Erstere werden ebenso behandelt, wie Fehler der Waare, deren Abwesenheit ausdrücklich vorbedungen ist, letztere dagegen gelten für genehmigt, wenn sie übernommen werden, ohne dass der Käufer sie rügt⁵⁾.

Die Zeit, innerhalb welcher die Gewährleistung gefordert werden muss, beträgt bei den für uns hier nur in Betracht zu ziehenden Mobilien 6 Monate, wenn es sich

1) Pars. II, tit. 8, art. 17.

2) Revid. lübisches Recht lib. III, Art. 14—15.

3) A. L. R. § 325—28, I 5.

4) Foerster-Eccius, Pr. Privatrecht, § 85, S. 502.

5) A. L. R. § 330—31, I 5. Foerster-Eccius a. a. O. I, § 85 S. 503.

um natürliche die Sache selbst betreffende Fehler handelt, 3 Monate, wenn die Mängel nur äussere, nicht die Sache selbst berührende sind.¹⁾

§ 3.

Das Handelsrecht und das Institut des merkantilen Empfanges.

Die Zersplitterung, welche dem deutschen Recht von jeher eigentümlich gewesen war, zeigte sich auch im wesentlichen auf dem Gebiete des Handelsrechts und dauerte bis zur Abfassung des Handelsgesetzbuches fort. Neben dem römischen und kanonischen Recht trug aber vor allem die Handelsusance zur Bildung eines gemeinen Handelsrechts bei²⁾. Entstanden, sobald das bürgerliche Recht den spezifischen Interessen des Handels nicht genügend Rechnung trug, umfasste sie mit der fortwährend steigenden Entwicklung des Verkehrs ein immer grösser werdendes Gebiet. Es ist nun für unsere Untersuchung von nicht geringer Bedeutung, festzustellen, dass die Idee des Artikel 347 H. G. B. schon vor dessen Entstehung gewohnheitsrechtlich den Handelsverkehr in dem Institut des merkantilen Empfanges beherrscht hatte. Dieses bestand darin, dass der Käufer einer Waare, welcher dieselbe eine für die ordnungsmässige Untersuchung genügende Zeit behält, ohne wegen etwaiger Mängel dem Verkäufer Anzeige zu machen, stillschweigend die Waare als eine contractmässige billigt und auf eine Entschädigung für alle bei einer ordnungsmässigen Untersuchung erkennbaren Mängel derselben verzichtet³⁾.

1) A. L. R. § 343—344 I. 5.

2) Gareis, Lehrbuch des Handrechts. § 4, S. 22.

3) Lürmann, Neues Archiv für Handelsrecht Bd. II, S. 168. Brinckmann, Handelsrecht, § 74 S. 300—301 Anm. 20.

Der Grund für die Bildung dieses Satzes war eine innere Notwendigkeit, denn ohne ihn kann ein Handelsverkehr nicht bestehn. Entwickelt hat er sich aus der bona fides, welche für Kaufleute die einzig sichere Grundlage zur Abwicklung ihrer Geschäfte bildet. Würde der Käufer, trotzdem er entschlossen ist, die Waare nicht als Vertragserfüllung zu behalten, Stillschweigen beobachten, so wäre damit dem Verkäufer nicht nur die Möglichkeit genommen, anderweitige Verfügungen über dieselbe zu treffen, sondern ihm auch in den meisten Fällen die Beweisführung abgeschnitten, dass der übersandte Gegenstand dem Vertrage entsprochen habe. Die lange Zwischenzeit, innerhalb welcher der Bestand des Geschäftes ungewiss ist, würde zu einer Benutzung der Preisconjuncturen durch den Käufer führen, so dass ein auf Treu und Glauben eingegangenes Handelsgeschäft den Verkäufer der Chikane des Käufers völlig preisgiebt¹⁾.

Diese Gesichtspunkte sind derartig durchschlagender Natur, dass sie zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes geführt haben und dass allmählich die Existenz desselben, Anfangs stark bestritten, immer seltener geleugnet wurde²⁾. Sie waren nicht nur für den Distancehandel massgebend, sondern auch für den Platzhandel, selbstverständlich mit den durch denselben bedingten Modificationen³⁾.

Bei dem Platzgeschäft darf die zum Empfange vorgelegte Waare überhaupt nicht angenommen werden, bei Distancehandel ist sie zwar anzunehmen, dem Verkäufer aber umgehend der Mangel des Consenses mitzuteilen, wenn nicht die Waare als genehmigt betrachtet werden soll. Während unerhebliche Vertragsabweichungen über-

1) Lürmann, a. a. O. S. 169. Brinckmann, Handelsrecht § 74 S. 301 Anm. 20. Für den Standpunkt der Praxis vgl. die bei beiden citierten zahlreichen Entscheidungen.

2) cfr. Thöl, 1. Ausg. § 83, Note 2, § 84, 3. Ausg. § 84, Note 6, § 85 b.

3) Lürmann, a. a. O. S. 171, Brinkmann, a. a. O. S. 296.

haupt nicht in das Gewicht fallen, ist jede mangelhafte oder nicht vertragsmässige Waare zurückzuweisen¹⁾, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Gegenstand dem im Vertrage ausbedungenen gegenüber ein aliud im eminenten Sinne ist oder ob er immerhin noch unter den im Vertrage festgesetzten Gattungsbegriff fällt. Ein Unterschied, wie ihn die herrschende Meinung bezüglich des Art. 347 H. G. B. statuiert, dass die Rügepflicht nur bei Qualitätsmängeln, nicht aber bei Abweichungen anderer Art eintrete, wird in den auf den mercantilischen Empfang bezüglichen Darstellungen der Litteratur sowie der Praxis nirgends erwähnt. Der Zeitpunkt für die Geltendmachung der Rüge wird ebenso bestimmt, wie später im Art. 347 H. G. B., nur dass Art. 349 H. G. B. die Erhebung von Ansprüchen wegen verborgener Mängel dann ausschliesst, wenn die Entdeckung 6 Monate nach der Ablieferung geschehen ist, während das Gewohnheitsrecht deren Geltendmachung innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist gestattete.

§ 4.

Die Entstehungsgeschichte des Art. 347 H. G. B.

Dem Zweckgedanken, welcher die Bildung des soeben näher besprochenen Gewohnheitsrechtes hervorgerufen hatte, wurde allgemein eine derartig hohe Bedeutung beigemessen, dass in den meisten Handelsgesetzbüchern und Entwürfen sich Bestimmungen finden, welche ihm gerecht zu werden streben²⁾. Insbesondere enthält der Preussische Entwurf eine eben dahin zielende Norm im Art. 264 und die Motive zu demselben führen zu dessen Begründung genau dieselben

1) Brinckmann, a. a. O. S. 304.

2) Handelsgesetzbuch für Spanien Art. 336, für Italien Art. 70, für Chile Art. 153, 154, 158, 159, für Brasilien Art. 210—211, für Bolivia Art. 329. Bezüglich Frankreichs u. Englands vgl. Spaening, Franz. u. engl. Handelsrecht, Bemerkung zu Art. 347. H. G. B.

Gesichtspunkte an¹⁾, welche auch schon für die Entwicklung des Gewohnheitsrechtes ausschlaggebend gewesen sind.

Bei den Beratungen zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelgesetzbuches traten im einzelnen verschiedene von einander abweichende Ansichten hervor.

Zunächst erhob sich eine Meinungsverschiedenheit bei der Diskussion des Art 257 Pr. E. darüber, ob es zweckmässig sei, den Verkäufer für verborgene Mängel haften zu lassen, auch wenn der Käufer nach Besichtigung oder Probierung der Waare oder, nachdem er sie für probemässig befunden, erklärt habe, dieselbe anzunehmen. Für die Streichung des Art. 257, welcher bestimmte, dass der Verkäufer beim Verkauf auf Probe oder nach Probe für verborgene Mängel einstehe, führte man das Beispiel des französischen Rechtes sowie den Umstand an, dass in kaufmännischen Geschäften Sicherheit über den Abschluss eines Geschäftes von höchster Wichtigkeit sei; ausserdem sei die Bestimmung besonders dann nicht gerechtfertigt, wenn die Waare auf Probe oder auf Besicht gekauft sei, denn gerade deshalb bekomme der Käufer die Waare, um sich über ihre Beschaffenheit zu vergewissern.

Für die Beibehaltung des Art. 257 Pr. E. führte man an, dass manche Waaren nur in bestimmter Verpackung circulierten und eine Prüfung vor der Annahme gar nicht stattfinden könne, dass im Übrigen aber der Käufer, wenn dieser Artikel in Geltung stehe, die Mängel als zur Zeit des Vertragsschlusses resp. der Übergabe bestehend, zu beweisen habe, der Verkäufer also vor grundlosen Angriffen geschützt sei. Die Annahme des Artikels fand darauf mit sehr starker Majorität statt²⁾.

Bezüglich des Artikels 264 Pr. E. (jetziger Artikel 347) beantragte man, dem Käufer nicht eine directe Untersuchungspflicht aufzuerlegen, sondern ihn unter Bedrohung mit der Beweislast nur dazu zu verpflichten, „etwa ent-

1) Motive zum Preussischen Entwurf. S. 141.

2) Protokolle Seite 618, 619, 620.

deckte Fehler sofort dem Verkäufer anzuzeigen.“ Ausserdem sei nicht abzusehen, warum der Käufer alle Rechte auf Ersatz verlieren sollte, wenn er bona fide, dem Verkäufer nicht von Anfang an gemisstraute und untersucht dieser sich aber des Vertrauens nicht würdig gezeigt hätte.

Hiergegen wandte man ein, dass jeder Kaufmann es für seine Pflicht halte, die Waare zu untersuchen, die nicht etwa eine „scrupulöse“ sondern nur eine dem Geschäftsgebrauch entsprechende sein müsse. Das beantragte Präjudiz sei aber insofern bedeutungslos, als der Käufer stets die Beweispflicht¹⁾ habe, wenn die Waare bezahlt sei. Spräche man nicht die Pflicht zur Untersuchung aus und vermöchte dann der Käufer zu jeder späteren Zeit den Verkäufer in Anspruch zu nehmen, so könne der Commissions- und Zwischenhandel nicht bestehen, denn das Risiko, ohne Regressmöglichkeit in Anspruch genommen zu werden, werde niemand übernehmen. Ausserdem würde die lange Zwischenzeit eine Speculation auf Preisconjunctionen hervorrufen und dem Verkäufer den Beweis der Vertragsmässigkeit der übersandten Waare sehr erschweren. Der obige Antrag wurde daher abgelehnt, desgleichen ein Antrag, die Untersuchungspflicht auf den Handel zwischen Kaufleuten zu beschränken²⁾.

Nachdem noch verschiedene Anträge, nach welchen Zusätze betreffs der Art der Untersuchung hinzugefügt werden sollten, und desgleichen ein Antrag, welcher die Mängelanzeige nur schriftlich geschehen lassen wollte³⁾, keinen Anklang gefunden hatten, kam ein Abgeordneter auf die schon bei Artikel 257 Pr. E. discutierte Frage bezüglich der Haftung für verborgene Mängel zurück und gab dabei die einzige Erklärung ab, in welcher eine verschiedene Behandlung nach dem Gesichtspunkt von Gattungseigenschaften berührt wird. Er beantragte nämlich, in dem

1) Protokolle S. 643—44.

2) Protokolle S. 645—46.

3) Protokolle S. 647—48.

Artikel 264 das Hamburger Recht zur Anwendung zu bringen, nach welchem mit der Annahme der Waare nicht nur die Rüge der entdeckbaren, sondern auch der verborgenen Mängel verloren geht. Er setzte etwa folgendes auseinander: Es sei einerseits schon an manchen Orten Reclamation wegen verborgener Mängel nach Annahme der Waare ausgeschlossen, also die Bestimmung nichts ungewöhnliches, andererseits drohe ohne dieselbe eine grosse Unsicherheit, weil man streiten könne, was unter verborgenen Mängeln zu verstehen sei. Nun habe man allerdings gefühlt, dass man der Geltendmachung derselben eine Grenze stecken müsse, die aber stets bald zu weit, bald zu eng sein werde. Das vorgeschlagene Princip habe sich hinreichend bewährt und könne selbstverständlich nur dann Anwendung finden, wenn der Verkäufer im guten Glauben geleistet habe und die Waare wirklich das, wofür sie ausgegeben wurde, gewesen sei, sodass Ersatzansprüche, die wegen der dem Verkäufer bekannt gewesenen Fehler oder deshalb erhoben würden, weil etwas ganz anderes, als die verkaufte Waare, gesendet worden, nicht ausgeschlossen seien. Dieser Antrag wurde in der ersten Lesung gänzlich abgelehnt, in der zweiten dagegen wurde ein Teil der in ihm geäusserten Ansichten zum Beschluss erhoben, nämlich Wegfall der Rügepflicht im Falle des Betruges¹⁾.

Von den übrigen Anträgen, welche für unsere Frage keine weitere Bedeutung haben, sei nur derjenige kurz erwähnt, welcher den Artikel 264 Pr. E. auch auf Platzgeschäfte anwenden will. Er wurde zunächst vertagt und später fallen gelassen; eine diesbezügliche Bestimmung hat in unserem Handelsgesetzbuch keine Aufnahme gefunden²⁾.

1) Protokolle S. 649—51 und S. 1384.

2) Protokolle S. 648.

II. Abschnitt.

Grund und Inhalt der Rügepflicht.

§ 5.

Der Grund der Rügepflicht.

Nach Art. 347 H. G. B. gilt die übersandte Waare als genehmigt, wenn der Käufer die sofortige Anzeige entdeckter Mängel versäumt. Formell betrachtet, wird somit im Art. 347 eine Fiction aufgestellt und zwar nicht eine Fiction der Erfüllung¹⁾, sondern eine Fiction der Genehmigung und zwar des Inhalts, dass der Käufer alle Ansprüche aus den Mängeln der Waare sowie auf das Recht anderweitige Erfüllung zu verlangen verzichtet hat. Wir sagen, es handele sich um eine Fiction. Dies ist deswegen zutreffend, weil der wahre Wille des Verkäufers absolut gleichgültig ist, und zwar in so hohem Masse, dass selbst eine ausdrückliche Erklärung des Käufers, nicht genehmigen zu wollen, wirkungslos erscheint sobald sie nicht genügend substantiiert ist²⁾. Es besteht eben die gesetzliche praesumptio juris et de jure, dass der die Anzeige unterlassende Käufer genehmigt, und es ist also die Wirkung der Annahme auch dann vorhanden, wenn der Wille zu der Annahme der Waare fehlt.

Diese formelle Feststellung giebt aber noch keinen Aufschluss über die practischen Zwecke, welche die Gesetzesbestimmung verfolgt, noch auch über die systematische Stellung, welche wir dem Art. 347 anzuweisen haben.

Die Motive zum Preussischen Entwurf sagen über die practischen Gesichtspunkte des Art. 347 folgendes³⁾: „Der Verkäufer darf billiger Weise in nicht allzulanger

1) cf. Roemer, G. Z. XXIII, S. 25.

2) Hahn, Kommentar II, S. 308, § 17.

3) S. 141.

Zeit darüber Gewissheit erwarten, ob der Käufer die gelieferte Waare behalten will oder nicht, teils um in der Lage zu sein, noch rechtzeitig anderweit über sie verfügen zu können, teils weil durch Ablauf einer längeren Zeit ihm der Beweis, dass die Waare in vertragsmässigem Zustande geliefert sei, erschwert und bei veränderlichen Waaren unmöglich gemacht werden würde. Auf der anderen Seite würde der Käufer, wenn ihm freistünde, alle Fehler der Waare innerhalb der Verjährungszeit geltend zu machen, die Möglichkeit haben, von dem Steigen der Preise Vorteil zu ziehen, beim Fallen derselben aber sich auf die Fehler der Waare zu berufen, um vom Vertrage zurückzutreten. Ein ordentlicher Kaufmann wird es auch niemals unterlassen, die ihm gelieferte Waare zu untersuchen, um sich von der vertragsmässigen Beschaffenheit derselben zu überzeugen und er wird von den vorgefundenen Mängeln ebenso ungesäumt dem Verkäufer Nachricht geben. Es kann daher nicht bedenklich sein, die fragliche Verpflichtung des Käufers gesetzlich anzuerkennen.“

Hiermit ist dem Art. 347 eine dreifache Bedeutung gegeben. Er soll wirken

- a) als Zwangsmittel zur Anzeige behufs Abwendung von grösserem Schaden,
- b) als Zwangsmittel zur Anzeige behufs Vermeidung einer Verdunkelung des Thatbestandes,
- c) als Schutz gegen die Ausbeutung des Verkäufers durch die Speculationen des Käufers.

Diese Angaben erschöpfen aber keineswegs die praktische Bedeutung des Art. 347. Das Stillschweigen wird in der That im kaufmännischen Verkehr als Genehmigung der Waare aufgefasst. Der Verkäufer, welcher nicht in dolo ist, und mangelhafte Waare übersendet, thut dies, weil er sie für gut hält oder annimmt, dass die Mängel für den Käufer irrelevant sind. Schweigt nun der Käufer nach Empfang, so glaubt der Verkäufer, die Waare habe Billigung gefunden. Dieses Vertrauen kann natürlich für

andere Operationen die grösste Bedeutung haben. Er wird Kaufgeschäfte ablehnen, seine eigenen Lieferanten bezahlen die Beweismittel für seinen Regress gegen sie, eventuel seine Deckung aufgeben. Möglicherweise wird er Tratten auf den Käufer ziehen oder sonst auf seine vermutliche Preisforderung bauen. Dies Verhalten würde ihn zum schroffsten Nachteil gereichen, wenn eine nachträgliche Mängelrüge wirksam wäre. Art. 347 hat daher thatsächlich die Wirkung, dass der Käufer in seinem Vertrauen auf die Bedeutung des gegnerischen Schweigens geschützt wird, auch wenn der Grund legende Wille bezüglich des anderen Contrahenten gar nicht vorhanden ist. Dass der Gesetzgeber sich völlig dieser weittragenden Bedeutung des Artikel 347 bewusst gewesen, dafür sprechen nicht nur die in den Motiven angeführten Gesichtspunkte sondern auch direct der Wortlaut des Gesetzes selbst.

Diese Erkenntniss des Gesetzgebers ist aber nicht allein für die specielle Anwendung des Art. 347, sondern auch für seine systematische Stellung von grösster Wichtigkeit.

Eine dreifache Auffassung ist in letzterer Hinsicht möglich.

1. Man könnte daran denken, die Bestimmungen des Art. 347 unter die Präclusionsnormen mit processualer Tendenz zu stellen, zu den Befristungs- und Verjährungsvorschriften. Indessen, so sehr auch die sofortige Anzeige für die Beweisführung von Gewicht ist, so kann dieser Gesichtspunkt allein nicht ausreichend für eine derartige Meinung sein.

2. Eine zweite Ansicht wird von Ehrlich aufgestellt, welcher in dem Behalten der Waare eine Aneignungshandlung erblickt, die einen Vertrag auch ohne Annahme zustande zu bringen vermag. Er geht davon aus, dass der Hauptzweck des Art. 347 H. G. B. darin besteht, zu verhindern, dass der Käufer auf die Leistung einer mangelhaften Waare schweigt, um zunächst die Preisconjuncturen abzuwarten und erst auf Grund der letzteren sich ent-

schliesst, die Waare zu behalten oder zu beanstanden. Wenn nun auch noch andere Momente zur Bildung des Artikel 347 H. G. B. mitgewirkt hätten, so beruhe er doch historisch zweifellos auf diesen legislativen Erwägungen, denn das schon vor Art. 347 H. G. B. bestehende diesbezügliche Gewohnheitsrecht sei hauptsächlich entstanden, um der Speculation auf fremde Kosten entgegenzutreten¹⁾. Insofern der Art. 347 H. G. B. hierüber hinausgehe, erscheine er als singuläre, auf theoretischen Missverständnissen beruhende, einseitig das Interesse der Kaufleute wahrnehmende Bestimmung, während der Consument unberücksichtigt bleibe²⁾.

Nach Betrachtung anderer handelsrechtlicher Erscheinungen gelangt Ehrlich für unseren Artikel 347 H. G. B. zu folgendem Resultat:

Das Stillschweigen auf einen Antrag könne nur dann als Zustimmung gelten, wenn eine Verpflichtung zur Äusserung bestünde. Diese erzeuge nach der Auffassung des Handelsverkehrs die Geschäftsverbindung. Die Fälle aber, in welchen aus der Nichterfüllung der Äusserungspflicht die Zustimmung gefolgert werde, seien so sporadisch, dass man daraus unmöglich ein allgemeines Princip folgern könne. Wohl aber vermöge man die allgemeine Regel aufzustellen, dass die Aneignung eines entgeltlich angebotenen Vorteils auch dann die Verpflichtung zur Bezahlung des Entgelts erzeuge, wenn diese Aneignung stillschweigend erfolgte. Nicht das Stillschweigen bewirke hier die Genehmigung, sondern der Umstand, dass es ein Mittel war, um sich die Möglichkeit zu verschaffen, die angebotene Leistung als Basis der eigenen Speculation zu benutzen³⁾.

Diese Argumentation, so bestechend sie in vieler Beziehung ist, hat doch zahlreiche Bedenken. Ehrlich basiert dieselbe ganz allein auf der Idee, als

1) Ehrlich, die stillschweigende Willenserklärung S. 191—93.

2) Ehrlich a. a. O. S. 199.

3) Ehrlich a. a. O. S. 220—21.

ob die Speculation des Käufers auf Kosten des Verkäufers zu verhindern das einzig grundlegende Moment für die Bildung des vor Art. 347 bestehenden Gewohnheitsrechts wie für diesen selbst gewesen sei. Dem ist aber nicht so. Er selbst giebt es allerdings zu, dass die ratio des Artikel 347 auch noch in anderen Gesichtspunkten liegt, führt aber gerade nur solche an, die auf eine gewisse Schwäche des Art. 347 hinweisen und darum nicht kräftig gegen ihn sprechen können. Er deutet an, dass dem Artikel 347 auch Fälle unterstehen, in welchen die Speculationsmöglichkeit ausgeschlossen ist, z. B. bei einem einseitigen Handelsgeschäft, in welchem der Consument als Nichtkaufmann überhaupt nicht an Benutzung von Preisconjunctionen denkt und sucht gleichzeitig die Ungerechtigkeit zu zeigen, dass Art. 347 auch auf Nichtkaufleute geht. Mag letzteres eine Schwäche sein oder nicht, immerhin giebt es auch im Verkehr zwischen Kaufleuten noch andere Umstände ausser der Speculationsgefahr, welche zur Entstehung des Art. 347 beigetragen haben. Man hat das Genehmigungspräjudiz aufgestellt, um dem Verkäufer die Möglichkeit zu geben, schnell über die Waare anderweitig zu verfügen und zwar nicht nur, damit dadurch die Preis-speculation des Käufers verhindert wird, sondern positiv damit der Verkäufer selbst die Preisconjunctionen der zurückgewiesenen Waaren benutzen kann, selbst wenn der Käufer als reeller Geschäftsmann oder wegen anderer zwingender Umstände niemals mit bemängelter Waare speculieren wird. Die Speculationsidee hat ferner zur Grundlage, dass der Käufer bei schlechten Preisconjunctionen die Waare anzunehmen sich weigert. Es giebt nun aber auch zahlreiche Fälle, in welchen der Käufer die Waare gar nicht ablehnen, sondern sie behalten und nur wegen der Mängel eine Preisminderung erreichen will. Dann ist das Speculieren seitens des Käufers ausgeschlossen und man kann nicht von der Aneignung eines entgeltlich angebotenen Vorteils sprechen. Ferner wird der Beweis

der Vertragsmässigkeit der Waare zwar für den Verkäufer erschwert, die Stellung des Käufers vorteilhafter, aber sie ist doch niemals als ein entgeltlich angebotener Vorteil zu betrachten.

Das Gesetz bezweckt ausserdem nicht, wenigstens nicht principaliter, dass der Käufer für die Möglichkeit die angebotene Leistung zur Speculation zu benutzen, Entgelt bezahlen soll, sondern es will zunächst jene Möglichkeit verhindern; es will dem Verkäufer sein Verfügungsrecht zurückgeben, und um das zu erreichen, bestimmt es die Pflicht zur Annahme der Waare, wenn der Käufer geschwiegen hat, wo er zu rügen beabsichtigt.

Was würde aber nach Ehrlichs Argumentation dann stattfinden, wenn der Käufer, der geschwiegen hat, positiv den Nachweis führt, er habe nicht zu speculieren beabsichtigt und sei auch factisch gar nicht hierzu im Stande gewesen? Dies ist sehr wohl denkbar, man nehme nur z. B. an, dass die Waaren auf eine in einem fernen Weltteil gelegene Factorei gesandt sind. Hier ist die Möglichkeit zu speculieren gleich Null. Der Käufer müsste also dann die Waare, wenn er geschwiegen, deshalb annehmen, weil er die Möglichkeit gehabt hätte, die angebotene Leistung zur Speculation zu benutzen, wenn er sich nicht in der Gegend befunden hätte, wo er sich factisch befindet. Die Rügepflicht auf solche Fälle anzuwenden, widerspräche dem in ihr liegenden Princip.

3. Nach unserer Auffassung ist die durch den Wortlaut des Gesetzes am nächsten liegende Construction auch die sachlich zutreffendste. Es liegt eine Erklärung durch Stillschweigen vor, deren Wirkung in zahlreichen Fällen auch ohne gesetzliche Specialbestimmung aus allgemeinen Grundsätzen sich ergeben würde. Der Verkäufer wird mit Rücksicht auf die Verkehrsusancen bei Nichtempfang einer Mängelrüge meist annehmen, dass die Waare genehmigt ist. Durch Nichtabsendung einer Anzeige hat der Käufer den Schein der Genehmigung veranlasst. Er wird daher

selbst bei Fehlen der Genehmigung schon nach allgemeinen Grundsätzen oft nicht in der Lage sein, gegenüber dem Anschein der Erklärung den Willensmangel zur Geltung zu bringen, namentlich deswegen nicht, weil man in dem Stillschweigen trotz Kenntnis des Mangels eine Simulation erblicken könnte. Der Artikel 347 schreibt nun seinerseits positiv die Wirkung der Billigung in Folge Stillschweigens vor, andererseits schränkt er hierdurch die Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falls, auf Grund welcher Nichtanzeige der Mängel als Billigung zu betrachten wäre, ein, und schneidet auf diese Weise jede Berufung auf ein Fehlen des Genehmigungswillens ab, sobald der Mangel entdeckt oder entdeckbar war, also im Falle des *dolus* oder der *culpa*.

Es liegt daher kein Anlass vor, die Norm des Artikel 347 aus den Rechten über Willenserklärung auszuscheiden. Der Käufer weiss, dass eine Erklärung nötig ist, um den Schein der Genehmigung auszuschliessen, unterlässt er dieselbe, so bleibt sein innerer Wille gegenüber seinem äusseren Verhalten ebenso unberücksichtigt, wie dies sonst bei einer *reservatio mentalis* geschieht.

§ 6.

Der Inhalt der Rügepflicht des Art. 347 H. G. B.

Der Wortlaut sowohl wie die Ziele, welche es verfolgt, ergeben klar, dass das Handelsgesetzbuch im Art. 347 keine gesetzliche Bestimmung über die materiellen Rechte des Käufers selbst, sondern nur über deren Voraussetzung und Endigung trifft¹⁾. In dieser Hinsicht besteht eine ziemlich vollständige Einigkeit in Litteratur und Praxis, dagegen herrscht des weiteren über den Character der Mängelrüge wenigstens bezüglich ihres Verhältnisses zur Dispositionsstellung nichts weniger als Übereinstimmung und Klarheit.

¹⁾ Gareis, E. H. II, S. 673.

Nach der wohl als herrschend zu bezeichnenden Ansicht ist die Mängelrüge eine Dissenserklärung in der Hinsicht, dass der Käufer durch die Waarenlieferung des Verkäufers seine gegen Letzteren bestehenden Ansprüche für nicht genügend erfüllt erachtet und in Folge dessen seine Absicht, die ihm für diesen Fall zustehenden rechtlichen Ansprüche geltend zu machen, dem Verkäufer mitteilt ¹⁾.

Von verschiedenen Seiten wird aber diese Rügepflicht von der sogenannten Dispositionsselluug nicht unterschieden. Gareis²⁾ meint in dieser Beziehung, die Dispositionsstellung liege allerdings nicht im Wesen der vom Art. 347 H. G. B. vorgeschriebenen Anzeige, es widerspreche aber dem ungenauen kaufmännischen Sprachgebrauch nicht, jede Beanstandung einer Waarensendung Dispositionsstellung zu nennen.

Mit Recht wendet sich Hanauseck, der sich übrigens in der Sache nicht weit von Gareis entfernt, gegen die Verschmelzung von Mängelrüge und Dispositionsstellung. Er schießt aber viel zu weit über das Ziel hinaus, wenn er behauptet³⁾, weder die Anzeige noch die Dispositionsstellung enthalte eine Dissenserklärung.

Im Sinne des Gesetzes, welches Stillschweigen als Konsens aufgefasst wissen will, kann man die Anzeige nur als Erklärung der Nichtgenehmigung, des Dissenses, betrachten. Wohl aber ist es uns mit Hanauseck bedenklich deswegen, weil Mängelanzeige und Dispositionsstellung in diesem Punkte übereinstimmen, weil auch die Letztere ein Nichteingehen auf die Propositionen des Verkäufers bedeutet, beides unter einen Begriff Dispositionsstellung zu bringen und diesen wieder in Dispositionsstellung in engerem Sinn zu zergliedern.

1) Gareis, E. H. II, S. 711 Dispst. S. 120, 128. Hahn, Commentar II. S. 308, § 17 R. O. H. G. IX, S. 24, S. 206. V, S. 252, S. 398 XV, S. 45, S. 270, XX, S. 351. R. G. I, S. 246, XXV, S. 27, XVII, S. 67.

2) E. H. II, S. 711.

3) Haftung des Verkäufers II, S. 103, Anm. 29.

Wenn der ungenaue kaufmännische Sprachgebrauch Mängelrüge und Dispositionsstellung nicht unterscheidet, so darf ihm der Jurist nicht ohne weiteres folgen. Er muss sich zunächst an das Gesetz halten und dann mit der hieraus geschöpften Ansicht dem practischen Leben gerecht zu werden versuchen. Das Gesetz spricht aber von einer Mängelanzeige, nicht von einer Dispositionsstellung und es ist ein unbegründeter Vorwurf, welchen Gareis gegen die Rechtsprechung des Reichsoberhandels- und Reichsgerichtes erhebt, dass es einen Unterschied zwischen Berechtigung zur Preisminderung und zur Dispositionsstellung macht¹⁾.

Diese Unterscheidung findet in der Rechtsnorm selbst ihre Begründung, welche bei mangelhafter Vertragserfüllung dem Käufer 2 Gruppen von Rechten giebt, entweder ein Behalten der Leistung und Geltendmachung weiterer Ansprüche oder ein dem Käufer zur Verfügung stellen im wahren Sinne des Wortes.

Der Gegensatz, in welchem sich das Reichsgericht und mit ihm in ähnlicher Weise Wolff²⁾ zu Gareis befinden, ist eben der, dass man auf beiden Seiten Dispositionsstellung in ganz verschiedenem Sinne auffasst. Hat ein Käufer dem Verkäufer die gesandte Waare zur Verfügung gestellt, so hat er nach Ansicht des Reichsgerichts³⁾, wenn sonst die Anzeige nach Form und Inhalt genügt, die Rügepflicht des Art. 347 erfüllt und gleichzeitig durch diese Erklärung auf die Erhebung einer Preisminderungsklage sowie auf das Behalten der Waare verzichtet. Gareis dagegen hält letzteren Schluss für ungerechtfertigt und

1) Staub, 1. Aufl. S. 777, § 20a behauptet freilich, Gareis lasse nur dem Käufer die Wahl zwischen Annahme und Zurückweisung der Waare, während nach unserer Auffassung aus E. H. II, S. 711, Anm. 60 hervorgeht, dass ihm zur Disposition stellen nur ein synonymier Ausdruck für beanstanden ist. S. Gareis u. Fuchsberger, Commentar zum H. G. B. S. 727, N. 94, Anm. 1.

2) Busch, Archiv XV, S. 332. cf. Gareis, Dispst. S. 129, Anm. 17.

3) R. G. XVII, Note 4, S. 17.

sieht in jenem Worte weiter nichts als die nach Art. 347 erforderliche Beanstandungserklärung, ohne Einfluss auf die später geltend zu machenden Ansprüche.

Auf die Contorverse näher einzugehen, ob schon die einfache Erklärung des Käufers, er stelle zur Disposition, einen Verzicht auf ferneres Behalten der Waare selbst enthält oder wann erst ein solcher anzunehmen, liegt ausserhalb der Grenzen unserer Aufgabe. Nur soviel geht aus dem obigen hervor, dass Mängelrüge und Dispositionsstellung ganz verschiedene Dinge sind, dass Art. 347 von ersterer allein, nicht von letzterer spricht und dass die von Gareis beliebte Gleichstellung beider wegen der damit verbundenen Missverständnisse zum mindesten eine bedenkliche ist. Wenn eben die Mängelrüge nichts weiter als eine Dissenserklärung bildet, auf Grund derer erst die Erhebung materiellrechtlicher Ansprüche ermöglicht wird, so kann man sie nicht als Dispositionsstellung bezeichnen, welche schon ihrem Wortlaut nach über das Schicksal der Waare selbst eine Bestimmung trifft, also in das Gebiet des materiellen Rechtes gehört. Schwächt man aber den Sinn der Worte zur Verfügung stellen soweit ab, dass sie gar nicht bedeuten sollen, was sie sagen, nämlich „ich der Käufer, mag mit der Waare nichts mehr zu thun haben,“ und besagen sie nichts anderes als „rügen“, „beanstanden“, so ist wegen der damit verbundenen Gefahr von Missverständnissen, ihre Gleichstellung nicht nur unbegründet, sondern sogar unzweckmässig.

Im practischen Leben gebrauchen nun freilich die Kaufleute — vielleicht noch eine Nachwirkung des alten deutschen, in Hamburg heute noch erhaltenen Rechtes, welches nur ein Ablehnen nichtvertragsmässiger Waare kannte — vielfach den Ausdruck zur Verfügung stellen statt beanstanden. Dann ist es zunächst Aufgabe des Richters, den Parteiwillen zu ermitteln und vor allem zu erforschen, was der betreffende Contrahent sich unter jenen Worten gedacht hat. Stösst er aber hierbei auf Schwierig-

keiten, indem die Gegenpartei in der Dispositionsstellung nicht nur eine Beanstandung, sondern einen Verzicht auf das Behalten der Waare erblickt, so treten die klaren juristischen Begriffe über Mängelrüge und Dispositionsstellung ein und es hat, wie stets auch bei Verträgen derjenige, welcher an der dunkeln Fassung desselben schuld ist, so auch hier den Nachteil wegen des zweideutigen Ausdrucks zu tragen.

III. Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Rügepflicht.

§ 7.

Übersicht.

Es bestehen zwei Möglichkeiten, einen Vertrag zu erfüllen, durch solutio oder durch in solutum datio. Ist das Leistungsobject ein mangelhaftes, so hat demnach der Verkäufer entweder fälschlich demselben die geforderten Eigenschaften zugeschrieben, also animo solvendi geleistet, oder er hat das Abweichen von der Bestellung wohl erkannt, aber dennoch in der Hoffnung, die Genehmigung des Käufers zu finden, die Sendung effectuiert und animo in solutionem dandi erfüllt. Diese beiden Gegensätze treten stets hervor von der Leistung eines aliud pro alio im eminenten Sinne des Wortes an bis zu der kleinsten qualitativen Abweichung von der Vertragsmässigkeit der Waare. Der Gesetzgeber trifft unseres Erachtens diesen Verschiedenheiten gegenüber keine abweichenden Bestimmungen, sondern behandelt einzig und allein den Fall des Betruges in besonderer Weise. Auch

wir sind daher nicht berechtigt, einen Unterschied zwischen solutio und in solutum datio zu machen, müssen vielmehr beide gleichmässig beurteilen¹⁾).

Freilich behauptet das Berliner Obertribunal²⁾, Art. 347 bezwecke seinem Inhalte nach, nur den Verkäufer von Mängeln in Kenntniss zu setzen, von welchen vorausgesetzt wird, dass sie ihm unbekannt gewesen seien; anderenfalls würde die Anzeige dem Verkäufer nur etwas mitteilen was er schon wusste, wäre also unnötig gewesen. Dem gegenüber bemerkt Roloff³⁾ mit vollstem Recht, das Gesetz unterscheide keineswegs, ob die vom Käufer bemängelte Beschaffenheit dem Verkäufer bekannt war, ob er sie selbst für eine Abweichung von der vertragsmässigen Beschaffenheit angesehen hat resp. ansehen musste oder nicht. Höchst zutreffend weist er darauf hin, wie bei lebhaftem Handelsverkehr Abweichungen vom Buchstaben des Vertrages nicht ausbleiben können, ja dass häufig Änderungen im Interesse des Käufers, jedenfalls aber bona fide in der Erwartung der Genehmigung seitens des Käufers vorgenommen würden. Das Wesen der Anzeige bestehe nicht in der Mitteilung von etwas neuem, sondern darin, dass in ihr der Dissens, der Wille die Waare nicht zu genehmigen, zum Ausdruck komme.

Es liegt auf der Hand, dass die Unterscheidung zwischen solutio und in solutum datio, sich nicht nur bezüglich der geleisteten Waare selbst, sondern auch hinsichtlich der Vertragserfüllung im ganzen, also auch hinsichtlich jeder anderen Abweichung vom Vertrage machen lässt. Dieselbe ist aber in gleicher Weise bedeutungslos. Der betreffende Kauf, bezüglich dessen die Vertragserfüllung mittels in solutum datio erfolgt, muss mindestens einem Geschäftsavis gleich geachtet werden und unterliegt daher der Antwortpflicht des Art. 323 H. G. B.

1) cfr. Wolff a. a. O. S. 311. Gareis, Dispst. S. 60.

2) Busch, Archiv VII, S. 28 fg.

3) Busch, Archiv VII, S. 30 fg.

In der Natur eines jeden Vertrages liegt es, dass immer die Möglichkeit besteht, ihn nicht einzuhalten. Die Form aber, in welcher der eine Contrahent dem andern den Mangel seiner Zustimmung gegenüber der Vertragsabweichung zu erkennen giebt, ist nicht stets dieselbe. Die Form der Mängelrüge greift daher nicht etwa bei allen Verträgen Platz, sondern findet nur in bestimmten Fällen Anwendung. Diese Fälle zu untersuchen, wird unsere nächste Aufgabe sein.

§ 8.

Kaufgeschäft.

I. Der Art. 347 H. G. B. spricht von einer Rügepflicht des Käufers, geht also von der Grundlage aus, dass es sich um einen Kauf handelt. Das Handelsgesetzbuch giebt keine Definition desselben, sondern trifft nur in den Art. 337—59 besondere Bestimmungen über den Kauf und setzt also dessen Begriff als einen gegebenen, feststehenden voraus.

Hieraus erhellt, dass gemäss Art. 1 H. G. B. das Landesrecht ergänzend eingreift und die Entscheidung zu bieten hat, ob ein Geschäft als Kauf anzusehen ist. — Freilich besteht im Sinne der Art. 337—59 eine Beschränkung: Es muss sich um Lieferung von Waaren handeln. Als solche könnte man alles auffassen, was Gegenstand eines Kaufes zu sein vermag. Dem ist aber nicht so.

Unter Waaren im Sinne des Handelsrechts versteht man jedes Gut, mit welchem sich der Handel beschäftigt¹⁾, abgesehen von Immobilien und solchen Gegenständen, welche aus natürlichen oder rechtlichen Gründen dem Handelsverkehr entzogen sind. Hierzu gehören auch die

1) cf. Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts S. 356.

Wertpapiere, sofern sie eine für den Handelsverkehr geeignete Beschaffenheit besitzen, also namentlich Forderungsrechte, welche mittels Verbriefung eine für den Verkauf geeignete Verkörperung gefunden haben¹⁾.

Dem Handelskauf steht nach Art. 339 ein Handelsgeschäft gleich, welches in der Lieferung vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht. Demgemäss fällt die Werkverdingung auch dann unter die Norm des Art. 347, wenn dieselbe nicht nach Landesrecht als Kauf zu betrachten ist, sofern sie nur auf eine Lieferung vertretbarer Sachen geht. Nicht unbestritten ist es aber, ob der Art. 347 H. G. B. einseitige oder nur zweiseitige Handelsgeschäfte im Auge hat. De lege ferenda mag man darüber streiten, in wie fern es zweckmässig ist, eine Norm wie den Art. 347 auch Nichtkaufleuten gegenüber anzuwenden. Der Wortlaut derselben sowie die Beratungen der Commission stehen jeder Einschränkung auf den Verkehr zwischen Kaufleuten nach unserer Auffassung unüberwindlich entgegen²⁾. Der Art. 347 spricht ganz allgemein vom Käufer, ohne irgend einen Unterschied zu machen, und in den Beratungen der Commission ist der Antrag, die Rügepflicht nur dann eintreten zu lassen, wenn der Käufer Kaufmann sei, wegen des „lebhaften Widerspruchs“ der kaufmännischen Vertreter abgelehnt worden.

II. Eine weitere, im höchsten Masse bestrittene Frage ist es, ob Viehkäufe nur nach Particularrechtlichen Währungsgesetzen oder, sofern sie sich als Handelsgeschäfte darstellen, auch nach Art. 347 H. G. B. zu beurteilen sind. Man hat gegen die Anwendung der Art. 347 auf Viehkäufe geltend gemacht, dass die Citierung des Art. 335 im Art. 347 dieselbe ausschliesse, weil bei Viehandel nicht von mittlerer Art und Güte die Rede sein könne³⁾.

1) Endemann a. a. O. II, S. 7. R. G. XXVI, S. 43 fg.

2) Protokolle S. 646. Ehrlich a. a. O. S. 194 und 195.

3) cf. Puchelt, Commentar II, S. 997 sowie hierzu und für das folgende Hanauseck a. a. O. I, 238—39.

Dem gegenüber hat Hanauseck Recht, wenn er auf das Wort „vertragsmässig“, also auf die aus dem Vertrage zu prästierenden Mängel den Nachdruck legt. Später haben wir noch die Aufgabe, näher auf das Verhältnis der beiden Begriffe gesetz- und vertragsmässig einzugehen, nur soviel sei hier vorweggenommen, dass, selbst wenn man bei dem Viehhandel überhaupt nicht von mittlerer Art und Güte sprechen könnte, deswegen nicht die Anwendung des Art. 347 auf ihn ausgeschlossen wäre. Die beiden Ausdrücke stehen nebeneinander, der letztere schränkt den ersteren keineswegs ein, wie wir später zu zeigen versuchen werden.

Ein Urteil des A. G. Celle¹⁾ lehnt ferner die Anwendung des Art. 347 H. G. B. auf Viehkäufe deswegen ab, weil sonst bei diesen stets die Zuziehung von Sachverständigen zur Vermeidung der Genehmigung nötig wäre. Diese Erwägung ist nicht entscheidend. Nach unserer Auffassung bedarf es beim Viehkauf ebensowenig wie bei sonstigen Käufen einer Zuziehung von Sachverständigen, um die Genehmigung auszuschliessen. Wir werden später (cf. § 14 dies. Abhdlg.) näher auf die Frage der Art der Untersuchung seitens des Käufers eingehen und können hier nur feststellen, dass unseres Erachtens eine Untersuchung durch Sachverständige auch bei dem Viehkauf als Regel nicht aufgestellt und deswegen dies Moment nicht gegen die Anwendung des Art. 347 H. G. B. auf Viehkäufe angeführt werden kann.

Das citierte Urteil weist des weiteren darauf hin, dass häufig der Natur der Sache nach erst auf Grund längerer Betrachtung und Behandlung des Tieres eine bestimmte Krankheit erkannt und damit Lieferbarkeit oder Nichtlieferbarkeit des Tieres festgestellt werden kann. Dennoch liegt hierin nicht ein Moment, welches den Ausschluss des Art. 347 rechtfertigen würde. Eine Regel wie die: Wo die Untersuchung einen längeren Zeitraum beansprucht,

1) G. Z. XXIV, S. 288, N. 82a.

rällt die Bestimmung des Art. 347 fort, besteht nicht. Erfordert die Untersuchung ihrer Natur nach längere Zeit, so ist eben nur erforderlich, dass ohne Verzug nach Ablieferung mit ihr begonnen und sofort nach Abschluss derselben dem Verkäufer eventuell Anzeige gemacht wird. Dass die Untersuchung so lange Zeit in Anspruch nimmt, musste er wissen. Für solche Fälle längerer Untersuchung greift nicht nur der 1., sondern auch der 3. Absatz des Art. 347 Platz.

Von anderer Seite wird namentlich der Umstand zu Ungunsten der Anwendung des Art. 347 H. G. B. geltend gemacht, dass die Verhandlungen der Commission¹⁾ klar ergeben, die Währschaftsgesetze der einzelnen Länder würden durch das Handelsgesetzbuch nicht oder nur teilweise berührt. Eine solche Bedeutung der Commissionsverhandlung beizumessen vermögen wir nicht. Es würde zu weit führen, auf die Controverse näher einzugehen, in wie weit die Protokolle als Ausdruck des Willens des Gesetzgebers aufzufassen sind. Nur soviel sei konstatiert, dass, wenn gleich ihre Bedeutung als Interpretationsmittel eine ausserordentlich grosse ist, die Commissionsverhandlungen doch dann stets zurückzutreten haben, wenn sie dem Wortlaut des Gesetzes selbst entgegenstehen²⁾. Art. 1 H. G. B. bestimmt, dass in Handelssachen zunächst das Handelsgesetzbuch, in 2. und 3. Linie erst Handelsgebräuche und bürgerliches Recht Anwendung zu finden haben.

In diesem Satz liegt ganz klar die derogatorische Kraft des Handelsgesetzbuchs und zwar nicht nur, wie von Hahn meint³⁾, gegenüber einer *lex generalis*, sondern auch gegenüber einer *lex specialis*. Eine letztere kann

1) Protokolle S. 384. Stobbe a. a. O. III, S. 246, A. 2. Gareis Dispst. S. 179. Puchelt a. a. O. II, S. 997, Urteil des A. G. Celle, G. Z. XXIV, S. 288, N. 82 b, O. H. G. für Württemberg G. Z. XXIV, S. 289—90.

2) cf. v. Hahn, Commentar II, S. 293 und Anm. 6 sowie Einleitung § 19.

3) a. a. O. S. 293.

allerdings ergänzende Bestimmungen enthalten¹⁾. Einen eigenthümlichen Standpunkt gegenüber dieser ganzen Frage nimmt Keissner²⁾ ein. Er erkennt zwar an, dass die materiellrechtlichen landesgesetzlichen Bestimmungen über den Viehhandel durch Art. 347 nicht betroffen werden, behauptet dagegen, die landesgesetzlichen Normen über die Vertragsform für Handelsgeschäfte, welche Viehveräusserungen zum Gegenstand haben, seien durch das Handelsgesetzbuch beseitigt. Dies erscheint uns nicht konsequent. Es ist nicht einzusehen, wenn das Handelsgesetzbuch hinsichtlich der Form des Geschäfts den particularrechtlichen Sätzen gegenüber derogatorische Kraft besitzt, warum ein gleiches nicht auch hinsichtlich der materiellrechtlichen Bestimmungen der Fall sein sollte. Entweder man leugnet den derogatorischen Character oder man gesteht ihn zu, für einen Mittelweg fehlt es nach unserer Auffassung an Gründen.

III. Im Gegensatz zu dem soeben erörterten ist man darüber einig, dass Art. 347 H. G. B. sich sowohl auf Species wie auf Genuskäufe bezieht³⁾. Während es allerdings v. Hahn für notwendig hält, eine besondere Motivierung zu bringen, weswegen Art. 347 nicht nur auf Specieskäufe geht, ist Wolff der Ansicht, dass er in erster Linie den Genuskauf im Auge hat. Beide erkennen aber als vollkommen sicher an, dass das Gesetz keinen Unterschied macht, und dass bei dem Genus- wie dem Specieskauf der Verkäufer in gleicher Weise interessiert ist, die Billigung oder Missbilligung der Waare möglichst bald zu erfahren.

1) Hanauseck a. a. O. I, S. 240. Hachenburg, Recht der Gewährleistung bei Tiermängeln S. 97, Anm. 16., Urteil des O. L. G. Celle in Seufferts Archiv XXXIII, S. 20. Staub, Commentar, S. 797, § 1, Anm. 2.

2) G. Z. XXIV S. 290.

3) Wolff. Busch's Archiv XV, S. 304. Schlomka V, S. 198, ebenda Koch III, S. 307 und Auerbach IV, S. 122. v. Hahn a. a. O. II, S. 292 etc.

Nicht ganz so einig ist man bezüglich des Kaufes auf Probe und nach Probe. Aus der Fassung des 4. Absatzes des Art. 347 H. G. B. hat man schliessen wollen, nur hinsichtlich verborgener Mängel greife die Vorschrift desselben Platz¹⁾; dem ist aber nicht so und die überwiegende Meinung geht dahin, dass der ganze Art. 347 den Kauf auf oder nach Probe im Auge habe²⁾.

Der Kauf auf Probe kommt erst durch Billigung der Waare seitens des Käufers definitiv zu Stande; mit der Billigung ist aber selbstverständlich das Rügerecht bezüglich der erkennbaren Mängel verloren gegangen³⁾. Anderer Ansicht ist Hanauseck⁴⁾. Er führt aus, dass die den Kauf perficierende Erklärung des Käufers nur insoweit eine Genehmigung der Mängel der Waare enthalte, als der Käufer dieselben während der ihm gewährten Bedenkzeit zu erkennen in der Lage war, derselbe könne aber auch die bei ordnungsmässiger Prüfung erkennbaren Mängel geltend machen, wenn die Besichtszeit zu kurz bemessen war.

Diese Auffassung des Art. 347 H. G. B. erscheint uns nicht zutreffend. Es liegt in dem Wesen des Kaufes auf Probe, dass die Bedenkzeit des Käufers geeignet ist, eine dem ordentlichen Geschäftsgang entsprechende Untersuchung zu ermöglichen. Alle hierbei erkennbaren Mängel unterliegen der Rügepflicht, können also nach der Annahme der Waare als Kaufgegenstand nicht mehr geltend gemacht werden; sobald sie nicht erkennbar sind, treten die Vorschriften über verborgene Mängel ein.

Die Protokolle zum Handelsgesetzbuch⁵⁾ ergeben ganz klar, dass bei dem Verkauf auf Probe verborgene Mängel mit dessen Perfection nicht gebilligt sind, und dass eine

1) cf. Hanauseck a. a. O. S. 268.

2) cf. R. O. H. G. XIV, S. 288.

3) Staub a. a. O. S. 810, Anm. 1. v. Hahn a. a. O. II, S. 311—12.

4) a. a. O. I, 273 fg.

5) S. 1381 fg.

intensivere Untersuchung als die dem ordentlichen Geschäftsgang entsprechende nicht verlangt wird. Ist nun die Probezeit derartig bemessen, dass innerhalb derselben sich bei der ordnungsmässigen Untersuchung thatsächlich nicht entdeckte Mängel erkennen lassen, so werden dieselben zu offenbaren und gelten als genehmigt, wenn trotz derselben der Kauf zu Stande kommt.

Die dem ordentlichen Geschäftsgange entsprechende Untersuchung braucht keine scrupulöse, von Misstrauen gegen den Verkäufer dictierte zu sein; sie wird daher sehr selten so viel Zeit erfordern, dass die Besichtszeit schon inzwischen abgelaufen ist, denn Fehler, die nicht gleich bei der ersten Prüfung entdeckt werden, gelten als verborgene und haben ihre besonderen Bestimmungen. War dagegen die Besichtszeit wirklich so kurz bemessen, dass eine ordnungsmässige Prüfung nicht vorgenommen werden konnte, so fragt es sich, ob dann überhaupt ein Kauf auf Probe und nicht gleich ein perfecter Kauf vorliegt.

Wir leugnen also, dass practisch ein Fall je vorkommen wird, in welchem die Probezeit so kurz bemessen, dass innerhalb derselben bei ordnungsmässiger Untersuchung entdeckbare Mängel nicht erkannt werden können. Denken wir uns aber denselben theoretisch, so vermögen wir auch dann noch nicht Hanauseck zuzustimmen. Der Käufer ist keineswegs gezwungen, einen Vertrag einzugehen, in welchem ihm eine derartig kurze Probefrist gewährt wird. Thut er es trotzdem, so muss er sich als ordentlicher Kaufmann darüber klar sein, dass er die betreffende Waare innerhalb derselben nicht ordnungsgemäss untersuchen kann. Er verzichtet daher genau ebenso auf die Möglichkeit, die Waare ordnungsgemäss zu prüfen, wie derjenige, welcher vor Ablauf einer hinreichenden Bedenkfrist den Kauf genehmigt.

Im letzten Fall schliesst auch Hanauseck die Geltendmachung erkennbarer Mängel aus und trifft auf die

Weise eine Unterscheidung, die wir nicht für berechtigt und nicht für konsequent halten¹⁾).

Das wichtigste Argument aber, welches gegen ihn spricht, ist der Wortlaut des Art. 347 H. G. B. selbst. Er sagt ausdrücklich, dass die Rügepflicht bei dem Kauf auf Probe nur bezüglich verborgener Mängel eintritt, mit anderen Worten offenbare Mängel durch Abschluss des Kaufs auf Probe gebilligt sind. Hanauseck leugnet hier die Berechtigung eines *argumentum a contrario*¹⁾, seine Erklärung ist aber nicht befriedigend.

Aus der ganzen Fassung des 4. Absatzes geht hervor, dass der Gesetzgeber in ihm das Anwendungsgebiet des Art. 347 hinsichtlich des Kaufes auf Probe feststellen will. Man darf daher dasselbe nicht erweitern, sondern muss die ganze Tendenz der Gesetzesbestimmung berücksichtigend direkt daraus folgern, dass über die hier angegebenen Fälle, also über die verborgenen Mängel hinaus, eine Ausdehnung der Rügepflicht resp. des Rügerechts nicht stattfinden darf.

2. Bei dem Kauf nach Probe ist die Rügepflicht der erkennbaren Probewidrigkeit ein recht treffender Fall für die gesunde *ratio* unseres Art. 347 H. G. B.²⁾. Hier hat der Käufer die Aufgabe die Probe zu prüfen und ist verpflichtet wie bei der Lieferung der Waare selbst dem Verkäufer die Mängel anzuzeigen, die offenbaren sofort nach Empfang der Probe, die heimlichen nach ihrer Entdeckung. Thut er dies nicht, so gilt die Probe als genehmigt und der Käufer kann später, wenn er die Waare selbst erhält, nicht Ansprüche wegen der Fehler erheben, die auch schon die Probe gehabt, die aber der Käufer nicht an derselben gerügt hat³⁾.

3. Der Käufer ist verpflichtet, wenn die Lieferung ratenweise erfolgt, jede einzelne Rate, welche sich als nicht vertrags- oder gesetzmässig darstellt, sofort nach ihrem

1) a. a. O. I S. 275 u. Anm. 14.

2) cf. Staub a. a. O. S. 810 Anm. 1.

3) cf. v. Hahn a. a. O. II S. 314 § 23.

Empfang, ebenso wie eine selbständige Leistung, zu rügen, widrigenfalls Genehmigung eintritt¹⁾). In wiefern aus der stillschweigenden Annahme einer ersten Rate, welche mangelhaft ist, geschlossen werden kann, dass bezüglich jeder weiteren an demselben Fehler leidenden Rate die Bemängelung wegen desselben ausgeschlossen ist, hängt von den konkreten Umständen ab. Nur soviel ist zu konstatieren, dass schweigende Billigung der ersten Rate in dieser Hinsicht nicht ausschlaggebend sein kann. Durch diese Versäumnis wird das Rügerecht nur für die betreffende Lieferung *vi legis* verwirkt, betreffs der anderen Lieferungen hat das Stillschweigen auf die 1. Rate nur die Bedeutung, welche ihm im allgemeinen zukommt, es kann also durch eine nachfolgende Erklärung möglicher Weise bedeutungslos werden²⁾).

IV. Art. 347 setzt als selbstverständlich den Abschluss eines Kaufvertrages voraus. Streitig ist nur, ob auch dann, wenn in Folge einer Uebersendung unbestellter Waaren ein Kaufvertrag durch Acceptation derselben zustande kommt nicht ebenfalls Art. 347 Anwendung zu finden hat.

Ueberwiegend wird in Theorie und Praxis ein Standpunkt vertreten, welcher den Gedanken an eine derartige Anwendung verwirft. Gewöhnlich argumentiert man, schon die Bezeichnung des Uebersenders als Verkäufer und des Empfängers als Käufer weise darauf hin, dass Art. 347 H. G. B. sich nur auf Zusendungen beziehe, betreffs deren bereits ein Kaufvertrag zum Abschluss gekommen ist³⁾).

Ausführlicher geht Steinbrüchel⁴⁾ auf diese Frage ein. Nachdem er die Worte Käufer und Verkäufer ebenfalls in der soeben angegebenen Weise interpretiert hat,

1) cf. R. G. I S. 54—55, XXV S. 29, von Hahn a. a. O. II S. 315 § 24.

2) v. Hahn a. a. O. II S. 315 § 24.

3) cf. Urteile in G. Z. XVII S. 245—246, Seufferts Archiv XX N. 164, Busch Archiv IV S. 371. Ferner Gareis E. H. II. S. 681 Anm. 48.

4) Busch, Archiv I. S. 353.

betont er ausserdem den Umstand, dass das Gesetz von der Waare spricht; es bediene sich also des bestimmten Artikels. Noch mehr aber als dies setze die Prüfung der vertrags- oder gesetzmässigen Beschaffenheit der Waare das Bestehen eines Lieferungsvertrages voraus¹⁾.

Fragen wir uns zunächst, wie weit es etwa dem im Art. 347 H. G. B. aufgestellten Princip widerspricht, dasselbe auf einen durch Annahme unbestellt zugesandter Waaren zustande gekommenen Kauf zu beziehen! Wir vermögen nicht einzusehen, dass ein Widerspruch besteht. Freilich setzt Art. 347 H. G. B. einen perfecten Kauf voraus, sagt dagegen nichts, wie er zustande gekommen sein soll; ein vollendeter Kauf liegt aber nicht minder nach erfolgter Genehmigung wie bei dem Bestellskauf vor. Verdient nun etwa der Verkäufer im 1. Fall nicht gleichen Schutz wie im 2.? Nach unserer Ansicht ist kein Grund vorhanden, ihn ungünstiger zu stellen. Selbstverständlich wird vielfach nur der Teil des Art. 347 in Anwendung kommen, welcher von verborgenen Mängeln handelt. Falls aber dem Käufer eine Factura zugegangen ist, und er auf diese hin dem Verkäufer sein Einverständnis mitgeteilt hat, so liegt kein Grund vor, nicht den ganzen Art. 347 anzuwenden.

Steinbrüchel legt den Nachdruck auf die Worte Verkäufer und Käufer. Ist man aber nicht berechtigt, nachdem ein Kaufvertrag durch Abnahme resp. durch Eingehen auf die Factura zustande gekommen ist, diese Ausdrücke zu gebrauchen und von der Waare als derjenigen zu sprechen, über die ein Vertrag abgeschlossen ist? Desgleichen bilden auch die Worte vertrags- und gesetzmässig kein Hindernis, denn auch dann, wenn der Vertrag durch Annahme einer Offerte zu Stande kam, kann es der Waare sehr wohl an der vertrags- oder gesetzmässigen Beschaffen-

1) ebenda Makower, Commentar S. 438, 20a.

heit gebrechen. Es ist daher v. Hahn¹⁾ und Hanaseck²⁾ nur um so mehr zustimmen, wenn sie die Anwendbarkeit des Art. 347 auf den Fall der Annahme unbestellt zugesandter Waare behaupten, als an dem materiell bestehenden Recht auf unbestellte Lieferungen nicht einzugehen, absolut nichts geändert wird.

II.

§ 9.

Uebersendung von einem anderen Orte.

Der Umstand, dass Art. 347 nur Distanzgeschäfte im Auge hat, findet vor allem seine Erklärung in den politischen Verhältnissen zur Zeit der Abfassung³⁾ des H. G. B. Auf der Nürnberger Conferenz wurde nämlich der Antrag gestellt, die Rügepflicht auch auf Platzgeschäfte auszudehnen. Derselbe fand jedoch keinen Beifall und wurde abgelehnt, weil an der Regelung der Platzgeschäfte in dieser Hinsicht für den Verkehr der verschiedenen Staaten unter einander kein Interesse bestehe, eine solche vielmehr den Particulargesetzgebungen anheimgegeben werden könne. Derselbe Antrag in der 2. Lesung wiederholt, wurde auch hier wiederum von der Commission abgelehnt⁴⁾.

Es wird daher mit Recht von den verschiedensten Seiten allein das Factum der Uebersendung betont. Es ist gleichgültig, ob das Wesen des Vertrages eine Uebersendung forderte oder ob es sich zunächst um ein Platzgeschäft handelte, wenn überhaupt nur eine Uebersendung stattgefunden hat⁵⁾.

1) Kommentar II, S. 293 § 5 Anm. 8.

2) a. a. O. I S. 215 flgd.

3) Protokolle S. 657.

4) Protokolle S. 138.

5) Staub a. a. O. S. 798—99; Puchelt, Commentar II S. 975, Hanaseck a. a. O. I. S. 246.

Selbst die Art und Weise, in welcher ein Dritter den Transport vermittelt, ist irrelevant, mag er vom Käufer oder Verkäufer beauftragt sein, nur darf er auf keinen Fall Stellvertreter des Käufers sein. Als solcher zur Genehmigung der Waaren ermächtigt¹⁾, würde er sofort eine Realisierung des Kaufvertrages herbeiführen, wie wenn dieser Act von dem Käufer selbst vollzogen wäre.

Die *inter praesentes* vorgenommene Tradition der Waare schliesst allein dann den Art. 347 aus, wenn der Kaufvertrag mit ihr vollkommen realisiert wurde²⁾. War dies nicht der Fall, sondern lag die Uebersendung an einen bestimmten Ort im Wesen des Vertrages, so wird der Art. 347 selbst dadurch nicht immer ausgeschlossen, dass der Käufer den Kaufgegenstand selbst transportiert, z. B. A kommt zu B., bei welchem er eine Waare bestellt hat; B bittet ihm das Packet mit in den Bahnwagen als Handgepäck zu nehmen, um auf diese Weise den Transport mit der Post zu ersparen. Desgleichen ist Art. 347 H. G. B. dann anzuwenden, wenn die Parteien zwar an einem Orte wohnen, aber der Vertrag bestimmt, dass der Verkäufer die Waaren an einen anderen Ort senden soll³⁾. Wenn es sich übrigens um verschiedene Orte oder wenn nur um ein Platzgeschäft handelt, ist — dahin geht die allgemeine und richtige Meinung⁴⁾ — nach den Handels- und Verkehrsanschauungen zu beurteilen. Aus diesem Grunde geht es nicht an, wie Thöl⁵⁾ will, den Art. 347 auf *brevi manu traditio* anzuwenden.

Der Umstand, ob die Uebergabe an den Frachtführer oder Spediteur dem Käufer nach Landrecht Eigenthum verschafft, ist bedeutungslos.

1) Staub a. a. O. S. 799, Puchelt II a. a. O. S. 975.

2) Hanauseck a. a. O. I. S. 244.

3) Staub a. a. O. S. 799, Puchelt a. a. O. S. 976c.

4) cf. Staub a. a. O. S. 799 etc.

5) Handelsrecht § 278.

III.
M ä n g e l.

§ 10.

Uebersicht über die Streitfrage.

Nachdem wir bisher erörtert haben, auf Grund welcher Rechtsgeschäfte überhaupt von einer Mängelrüge die Rede sein kann, gehen wir jetzt dazu über, zu untersuchen, welcher Art die Mängel der Vertragserfüllung sein müssen, damit die Rügepflicht des Art. 347 Platz greift. —

In der Theorie und Praxis hat sich eine herrschende Meinung gebildet, Art. 347 sei nur dann anzuwenden, wenn die Abweichung der übersandten Waare gegenüber der bestellten in der Qualität besteht, nicht aber, wenn es sich um Leistung einer anderen Waare im eminenten Sinne des Wortes, um ein aliud pro alio, handelt, wodurch die äusserst schwierige Frage entsteht, wann ein aliud vorliegt wann nicht.

1. Die Vertreter dieser Theorie gehen zur Begründung derselben von den verschiedensten Gesichtspunkten aus. Schlomka¹⁾ gehört mit zu den ersten, welche ihren Standpunkt näher begründet haben, er argumentiert in folgender Weise: Art. 347 habe nur den Mangel vertragsmässiger Beschaffenheit im Auge, als solchen werde man aber nicht das Fehlen wirklicher Gattungseigenschaften, deren Fehlen die Sache zu einem aliud machen würde, ansehen können, sondern nur den Mangel solcher Eigenschaften, welche in demselben Verhältnis zur Gattungsbezeichnung wie bei dem Specieskauf die dicta und promissa zur species stehen. Der den Genuskauf bestimmende Gattungsname sei nichts weiter als eine kurze Bezeichnung sämtlicher Gattungseigenschaften, nähere hinzugefügte Bestimmungen müsse

1) Busch, Archiv V S. 191—95, 198—201.

man als dicta et promissa, als Eigenschaften, betrachten. Freilich sei auch die von Thöl¹⁾ vertretene Auffassung möglich, dass jedes Hinzusetzen einer Eigenschaft zum Gattungsbegriff lediglich als Setzen einer engeren Gattung und jede nicht contractmässige Waare als ein aliud gegenüber der vertragsmässigen angesehen werden müsse. Würde man ihm aber folgen, dann wäre der Fall, in welchem statt bestellten guten Weizens schlechter geliefert wird, dem völlig gleich, in welchem der Verkäufer statt desselben Steingrus liefert. Der augenscheinliche Unterschied beider Fälle spreche klar für erstere Ansicht.

Der im Art. 347 H. G. B. ebenfalls aufgestellte Begriff der Gesetzmässigkeit stehe den vitia und morbi beim Specieskauf gleich, denn Handelsgut mittlerer Art und Güte, welches beim Mangelnäherer contractlicher Bestimmung geliefert werden müsse, sei eben solches, welches die gewöhnlich der verkauften Waare zukommenden Eigenschaften habe und von solchen Mängeln frei sei, welche gewöhnlich bei dieser Gattung nicht vorkämen.

Stets finde Art 347 nur Anwendung, wenn die Gattung gewahrt sei, und die entgegengesetzte Anschauung sei ungerecht gegen den Käufer. Habe doch der Verkäufer der aus Irrtum ein wertvolleres genus geliefert habe, eine *condictio* auf Zurückgabe, die weder einem Präsudiz noch einer kurzen Verjährung unterliege; wie sollte man im umgekehrten Falle den Käufer, welcher viel leichter im Vertrauen auf seinen Verkäufer sich irre, so viel schlechter stellen!

Indem Schlomka die vertragsmässigen Eigenschaften den dicta et promissa, die gesetzmässigen den vitia et morbi des Specieskaufs gleichsetzt, fühlt er doch die Schwierigkeit, eine Grenze zwischen Gattung und dicta et promissa anzugeben. Bei dem Specieskauf ist ja seine Theorie klar und leicht durchzuführen, bei dem Genuskauf ist sie dagegen höchst schwierig, so dass Schlomka auf

1) Handelsrecht, I. S. 491.

einen allgemeinen Satz verzichtend, nur einige Hauptkriterien angiebt, wann Gattungseigenschaften, wann dicta et promissa vorliegen.

Zunächst verweist er auf die Anschauung der Handeltreibenden als subsidiäres Hilfsmittel, in casu auf Preis-courant oder Börsennotierungen. Sodann werde man zu untersuchen haben, ob es nicht eine sprachliche Zufälligkeit sei, dass eine hinzugefügte Eigenschaft äusserlich als solche erscheine, z. B. ob weisse oder rote Farbe sich auch stofflich äussere. Des weiteren, allerdings nur mit Vorsicht zu benutzen, ob die gelieferte Sache aus der anderen entstanden sei; schliesslich könne Grösse und Gradbezeichnung auf Gattungsverschiedenheiten hinweisen z. B. Kinder- u. Damenstiefel. —

2. Schon in seiner Schrift über Dispositionsstellung¹⁾ und später in Endemanns Handbuch²⁾ sowie im Commentar von Gareis und Fuchsberger hat Gareis die in unsere Frage einschlagenden Verhältnisse einer gründlichen Untersuchung unterzogen. Ausgehend von der Anschauung, dass man dem Käufer nicht zumuten könne, seinen Dissens auszusprechen, wenn er eine von der bestellten ganz verschiedene Waare erhalte, legt er den Hauptnachdruck auf die konkreten Verhältnisse und urteilt auf Grund dieser, ob die gesandte Waare im Verhältnis zu der vertragsmässigen als ein aliud anzusehen sei. Er entwickelt dabei folgenden Gedankengang.

Es sei einerseits unbillig durch Stillschweigen den Schein der Zufriedenheit hervorzurufen, während die übersandte Waare keinen Beifall finde, andererseits sei es aber nicht bedeutungslos, dass der Lieferant sich seiner vertragswidrigen Sendung bewusst sei oder wenigstens sein müsse und sich nicht ohne weiteres auf des Käufers Gnade verlassen dürfe. Letztere Erwägung schlage durch, wenn die Waarenlieferung sich sehr weit von der vertragsmässigen

1) Namentlich für Lieferung aliud pro alio S. 13—15.

2) E. H. II S. 686—89 cf. Commentar S. 725—26.

Pflicht entferne, nicht aber, wenn die Abweichung eine geringe sei. Die Grenze zwischen beiden Extremen bestimme die allgemeine Verkehrsanschauung. Seien die behufs Erfüllung gesandten Objecte nach den allgemeinen Verkehrsbegriffen eine ganz andere Waare als die bestellten, sodass schon nach diesen die geschehene Leistung als zur Befriedigung des Käufers ungeeignet betrachtet werden müsse, dann liege einerseits Zusendung unbestellter Waare vor, andererseits sei der abgeschlossene Kauf nicht erfüllt und der Verkäufer befinde sich daher mit seiner Leistung im Verzuge.

Im Specieskauf biete nun zwar ein derartiger Standpunkt keine Schwierigkeiten, wohl aber seien sie bei dem Genuskauf unausbleiblich. Demgemäss würde jene Regel für letzteren Fall dahin einzuschränken sein, dass nicht nur die allgemeinen Verkehrsbegriffe, sondern auch die tatsächlichen Verhältnisse als massgebend betrachtet werden müssten. Während das Schweigen des Käufers beim Genuskauf um so mehr als Zustimmung aufzufassen sei, je mehr sich die gesandte der bestellten Waare nähere, werde die Sachlage völlig verändert, falls der Verkäufer den Verwendungszweck kenne und wisse, dass auch die im geringsten abweichende Waare für denselben unbrauchbar sei.

Neben dieser mehr von den natürlichen Verhältnissen ausgehenden Beobachtung findet Gareis einen Anhaltspunkt für die nach seiner Ansicht bestehende Unanwendbarkeit der Art. 347 H. G. B. bei Leistung eines *aliud pro alio* auch in dem Gesetze selbst¹⁾. In dem Art. 347 ist der Art. 335 nach dem Worte gesetzmässig citiert. Hieraus schliesst er, dass der Ausdruck „gesetzmässig“ sich nur auf Beschaffenheit und Güte beziehe und seinerseits wiederum für den in Art. 347 ebenfalls erwähnten Begriff massgebend sei. —

1) E. H. II S. 682.

3. v. Hahn¹⁾, Makower²⁾, Anschütz-Voeldersdorf³⁾ teilen diesen Standpunkt, ohne näher darauf einzugehen, warum der Begriff der Gesetzmässigkeit für den der Vertragsmässigkeit in der eben erwähnten Weise bestimmend sein soll. Auch Puchelt⁴⁾ vertritt diese Ansicht, beruft sich aber ausserdem noch auf Art. 346. Dies dürfte zur Lösung der Frage gar nichts beitragen, da ja Art. 346 ebenso wie Art. 347 eine Citierung des Art. 335, nichts aber darüber enthält, in welchem Verhältnis die Ausdrücke gesetz- und vertragsmässig zu einander stehen.

Am eingehendsten beschäftigt sich mit der ganzen Frage Hanauseck⁵⁾, er kommt freilich zu dem Resultat wie die bisher genannten, dass Art. 347 sich nur auf Qualitätsmängel beziehe, sucht jedoch das Ziel auf anderem Wege zu erreichen, indem er nämlich die einzelnen möglichen Fälle bildet und aus ihnen Schlüsse zieht. Zwar konstatiert er für den Fall, in welchem eine andere species als die vertragsmässige *animo solvendi* und auch für den, in welchem sie *animo in solutionem dandi* geleistet ist, Art. 347 könne nicht zur Anwendung gelangen, verlegt aber, wie die bisher erwähnten Schriftsteller, den Hauptnachweis mit Recht auf den Genuskauf als den Entscheidungspunkt.

Wird auf Grund der Bestellung des genus A *animo solvendi* Waare des genus B übersendet, so ist nach seiner Ansicht das Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer in gleicher Weise zu behandeln, wie bei der Lieferung einer anderen species, falls die Waare als eine *alia res* im eminenten Sinne des Wortes erscheint. Bleibt das gesandte Objekt innerhalb derselben Gattung wie das bestellte, weicht es nur der Art oder Güte nach ab, so ist die Vorschrift des Art. 347 zu beobachten.

1) a. a. O. II S. 304 § 12.

2) a. a. O. S. 439b.

3) Kommentar z. H. G. B. III. S. 302 N. III.

4) a. a. O. S. 979 N. 5.

5) a. a. O. I. S. 223 fg.

Für diese, wie Hanauseck meint, an und für sich sachlich gerechtfertigte Unterscheidung glaubt er auch in dem Gesetze selbst eine Stütze zu finden, indem er von folgender Interpretation der Worte vertrags- und gesetzmässig ausgeht¹⁾.

Allerdings sei der Begriff der Nichtvertragsmässigkeit ein so weiter, dass unter denselben auch die Gattungsverschiedenheiten der gelieferten im Verhältnis zur bestellten Waare fallen könnte, dennoch habe er im Art. 347 diese Bedeutung nicht. Aus der Citierung des Art. 335 im Art. 347 gehe nämlich hervor, dass der Ausdruck gesetzmässig dem Ausdruck vertragsmässig gegenüber subsidiärer Natur sei. Um nun die Bedeutung der Vertragsmässigkeit im Sinne des Art. 347 festzustellen, müsse man die gesetzliche Begriffsbestimmung des Wortes gesetzmässig zu Grunde legen. Die Gesetzmässigkeit einer Waare, d. h. Lieferung mittlerer Art und Güte, habe aber die gleiche Gattung zur Voraussetzung, also auch wenn die Begriffe gesetz- und vertragsmässig korrespondierend gedacht sind, die Vertragsmässigkeit im Sinne des Art. 347. Für diese Anschauung spreche des weiteren das Wort „Mangel“, womit Art. 347 das Fehlen der vertrags- resp. gesetzmässigen Beschaffenheit bezeichne. Dieser Ausdruck könne nicht gegenüber einem aliud Platz greifen, er weise nur auf eine Abweichung innerhalb derselben Gattung hin, denn man vermöge doch unmöglich, falls Eisen statt Seide geschickt sei, Eisen als mangelhafte Seide anzusehen.

Für die Frage, wo die Grenze liege zwischen dem Begriff einer Gattungsverschiedenheit und eines aliud, findet Hanauseck ebensowenig wie die bisher erwähnte eine feste Antwort; er hält dieselbe für eine Sache der Erfahrung und nicht der Rechtskenntnis. Nur gegen Gareis wendet er sich²⁾, der seiner Beurteilung das konkrete Verhältnis zu Grunde legt, während er objektive Kriterien

1) I, S. 230—32.

2) a. a. O. I, S. 232—33.

allein für entscheidend hält und nicht nur für jene Ansicht im Gesetz keinen Anhaltspunkt, sondern sie sogar demselben widersprechend findet. Auf einem solchen Wege würde man, wie er glaubt, leicht zu einer, dessen Geist und Wortlaut widerstrebenden Einschränkung gelangen.

4. Staub¹⁾ zeigt zwar einen offenen Blick für die grossen Schattenseiten der herrschenden Meinung, findet aber gleichfalls ihre Begründung im Gesetz und damit gleichzeitig das Hindernis von derselben abzugehen. Er macht sich den soeben angeführten Gedankengang Hanau²⁾ über die Bedeutung der Citierung des Art. 335 zu eigen und formuliert im Übrigen seine Meinung, wann sind Qualitätsmängel anzunehmen, wann nicht, in ähnlicher Weise wie Gareis. Ein aliud liege vor, wenn die Verschiedenheit des gelieferten und bestellten Handelsgutes so erheblich sei, dass bei vernünftiger Auffassung der Verhältnisse ein Kaufmann mit dieser Waare einen Versuch diesen Vertrag zu erfüllen, nicht machen würde und vom Käufer ein Behalten der Waare als Erfüllung dieses Vertrages absolut nicht erwartet werden könne.

Hieraus ergibt sich ganz klar, dass er ebenfalls wie Gareis nicht objective Kriterien, sondern die konkreten Verhältnisse des Thatbestandes entscheiden lässt.

Die weiteren Vertreter der herrschenden Meinung vermögen, sofern sie überhaupt auf eine Begründung ihres Standpunktes eingehen, neue Gründe nicht in das Feld zu führen. Nur Goldschmidt¹⁾ sei besonders erwähnt, welcher der Ansicht von Gareis huldigt und glaubt, sie lasse sich ohne Schwierigkeiten im practischen Leben betätigen. —

Stimmen, welche sich gegen die soeben besprochene herrschende Meinung wenden, giebt es ausser Schlodtmann³⁾ nicht. Wahrscheinlich ist auch Thöl ein Gegner

1) a. a. O. S. 800.

2) Handbuch des Handelsrechts § 61, S. 532 fg.

3) G. Z. Bd. 37, S. 1 fg.

derselben. Er erklärt, wie erwähnt, bezüglich eines Verkaufs in genere jede contractwidrige Waare für ein anderes Object¹⁾, stellt aber bei der Besprechung der Anzeigepflicht des Art. 347²⁾ nicht einen Unterschied zwischen Qualitäts- und anderen weitergehenden Mängeln auf. Er sieht also jede nicht vertragsmässige Waare als ein aliud an und hält auch hier die Rügepflicht für geboten. Der Umstand, dass er meint, das Handelsgesetzbuch habe keineswegs den merkantilischen Empfang recipiert, ist für unsere Frage hier bedeutungslos.

Der vollständigen Übersicht halber müssten wir noch an dieser Stelle auf die Schlodtmann'schen Ideen näher eingehen. Wir sehen jedoch hiervon ab, da wir im Verlaufe unserer weiteren Besprechung der gegen die herrschende Meinung sprechenden Gesichtspunkte noch öfter auf dieselben zurückzukommen haben und verweisen auf das Folgende. —

Nachdem wir bisher die Theorie der herrschenden Ansicht an uns haben vorübergehen lassen, ist es noch unsere Aufgabe, die Praxis in das Auge zu fassen, welche auf einem fast gleichen Standpunkt wie jene stehend, ein um so klareres Bild ihrer Wirkungen im praktischen Leben zeigen wird. Treten wir zunächst der Rechtsprechung des Reichs- und des Reichsoberhandelsgerichts näher.

Das letztere stellt den Grundsatz auf: „Ein Genuskauf kann durch Lieferung einer Waare anderer Gattung als gekauft ward, nicht erfüllt werden³⁾“ Es lässt also die Grenze, wann eine Waare anderer Gattung vorliegt, ebenso unbestimmt, wie die Theorie. Seine Entscheidungen sind folgende:

Als ein aliud gegenüber dem gekauften Object erscheint und demgemäss ist der Käufer jeder Antwort überhoben, wenn statt echter nachgemachte Waaren geliefert

1) Handelsrecht § 83 S. 491.

2) a. a. O. S. 499—500.

3) R. O. H. G. XXIV, S. 405.

werden, so statt echter imitierte Lafermecigaretten¹⁾. Desgleichen sieht das R. O. H. G. in der Lieferung nicht-emittierter statt emittierter Actien nicht eine Leistung eines mangelhaften, sondern eines anderen Gegenstandes, was einer Nichterfüllung gleichkommt und die Anwendung des Art. 347 ausschliesst²⁾.

Auf Bestellung einer Sendung Reygras erhält der Käufer eine solche, welche hauptsächlich aus Trespe, zu sehr geringen Teilen aber aus Reygras besteht. Er lässt durch Sachverständige untersuchen und diese erklären, die Mischung verdiene nicht den Namen von Reygras, sodass Art. 347 wegen Lieferung eines aliud ausser Kraft tritt³⁾.

In einem andern Urteil⁴⁾ weist das Reichsoberhandelsgericht ausdrücklich den Standpunkt zurück, eine Waare, die zwar unter das bedingte Genus falle, aber mangelhaft sei, als ein aliud anzusehen. Es komme vielmehr darauf an, dass die zugesandte fehlerhafte Waare als ein Versuch der Vertragserfüllung sich darstelle, der natürlich innerhalb der Gattung bleibend, vom Käufer zurückgewiesen werden könne.

Wie weit andererseits das Reichsoberhandelsgericht in der Anerkennung eines solchen Versuches geht, falls nur die Gattung gewahrt bleibt, erhellt daraus, dass es statt Lieferung von Hemlockleder Primaqualität Sekundawaare mittlerer Beschaffenheit nicht für ein aliud erklärt, sondern die Mängelrüge nach Art. 347 für notwendig hält, um das Genehmigungspräjudiz auszuschliessen⁵⁾.

In 2 Entscheidungen wird auch die zwischen Gareis und Hanauseck bestehende, oben erwähnte Streitfrage berührt, ob die konkreten oder allgemeinen Kriterien der Beurteilung zu Grunde zu legen sind. In dem citierten

1) XIX S. 403.

2) XIV S. 371.

3) XV S. 415.

4) VII S. 415 ff.

5) X S. 85.

Urteil, Band XXIV, Seite 405, nämlich weist das Reichsoberhandelsgericht den Einwand des Beklagten, Kläger habe die Bestimmung des Art. 347 nicht beobachtet, aus dem Grunde zurück, — es handelt sich um Bestellung von Wintererbsen und Zusendung von Sommererbsen — weil aus der Bestellung der Zweck der Aussaat hervorgehe und für diesen Sommer- und Wintererbsen als verschiedene Waarengattungen zu betrachten seien. In der Band III, S. 499 angeführten Entscheidung giebt trotz des gleichen Falles nicht der Verwendungszweck den Ausschlag, sondern der Umstand, dass der Unterschied zwischen Sommer- und Wintererbsen erst mit dem Aufgehen der Saat erkennbar war und die Rüge sogleich nach dieser Erkenntnis angestellt wurde.

Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat an dem Standpunkt des Reichsoberhandelsgerichts festgehalten. Als Leistung eines aliud wird betrachtet und deswegen eine Mängelrüge für überflüssig gehalten, wenn statt einer bedungenen Viehrasse eine andere gesandt wird¹⁾, wenn statt Rotklee Bullenkleesamen²⁾, statt reinen Zuckerrübsamens solcher mit Futterrübsamen vermischt³⁾, wenn statt reinen Kernzuckers ein aus unreinen Bestandteilen zusammengesetztes Product geliefert wird⁴⁾. Während einer Tausendflorintenrente gegenüber einer Hundertflorintenrente als Waare anderer Gattung erklärt wird, weil beide einen verschiedenen Kurs haben, hält das Reichsgericht Lieferung von Wertpapieren, die nicht an inländischen, wohl aber an ausländischen Börsen Kurs haben, für mangelhafte Waare nicht für ein aliud⁵⁾. Unter den zahlreichen in den Zeitschriften angeführten Urteilen, welche unsere Frage behandeln, seien noch die Entscheidungen des Appellations-

1) Bolze, Rechtsprechung d. R. G. XII, N. 465.

2) Bolze l. c. V, N. 671 c.

3) Bolze l. c. III, N. 7.

4) Bolze l. c. V, N. 673.

5) Bolze XI, N. 393, XI, N. 411.

gerichts Leipzig (Busch, Archiv 36, S. 205), des Kreisgerichts Burg (Busch, Archiv II, S. 378), des Appellationsgerichts zu Dresden (Goldschmidts Zeitschrift IX, S. 394) und des zu Cöln (Goldschmidts Zeitschrift 24, S. 303) kurz erwähnt. Wichtiger für unsere Kontroverse sind verschiedene Urteile des Oberlandesgerichts Hamburg¹⁾, von denen nur eines nicht der herrschenden Ansicht huldigt²⁾. Da jedoch die übrigen für Begründung des Ausschlusses eines aliud nach Art. 347 nicht direct etwas neues bieten, sondern sich mehr auf die Bekämpfung der von Schlodtmann begründeten der bisher erwähnten entgegengesetzten Theorie legen, so werden wir später bei einer Besprechung der Argumente für und wider die herrschende Meinung auf sie zurückkommen.

2. § 11.

Lieferung eines aliud.

Nachdem wir bisher die Principien der herrschenden Meinung in Theorie und Praxis dargestellt haben, gehen wir dazu über, die Berechtigung dieser verschiedenen Auslegung nach den in Betracht kommenden Gesichtspunkten zu prüfen.

1. Nach dem Wortlaut des Art. 347 hat der Käufer die Pflicht, zu untersuchen, ob die Waare von vertrags- oder gesetzmässiger Beschaffenheit ist. Dieser Begriff der vertragsmässigen Beschaffenheit stellt sich als ein so weitgehender dar, dass unter demselben auch die Gattungsverschiedenheit der gelieferten im Verhältniss zur bestellten Waare fällt³⁾. Das gleiche ist bezüglich des

1) Hanseat. Gerichtszeitung 1893 S. 129, No. 42, 1890 No. 44, S. 119.

2) Hanseat. Gerichtszeitung 1888 No. 128, S. 297.

3) Hanauseck a. a. O. I. S. 230.

Ausdrucks „Mängel“ der Fall. Hanauseck meint allerdings: Wer statt Seide Eisen sende, habe doch nicht mangelhafte Seide geliefert¹⁾. Dem gegenüber ist zu betonen, dass das Gesetz nur von dem „Mangel vertrags- oder gesetzmässiger Beschaffenheit der Waare“ spricht und dass Eisen allerdings zwar schwerlich als mangelhafte Seide bezeichnet werden kann, dass es wohl aber sicherlich zulässig ist, zu sagen, es sei ein Mangel an der vertragsmässigen Beschaffenheit gegeben, wenn statt Seide Eisen geliefert ist.

2. Des weiteren behaupten die Anhänger der herrschenden Meinung, dass, wenn auch der Begriff der Vertragsmässigkeit einer Waare an und für sich die dem Genus innewohnenden Eigenschaften trifft, derselbe doch wegen des Wortes gesetzmässig eine Einschränkung zu erfahren habe. Wie ist nun letzterer Ausdruck oder besser gesagt wie ist die Citierung des Art. 335 in dem Art. 347 aufzufassen? Der Schluss aus der Subsidiarität des Begriffes gesetzmässig gegenüber dem der Vertragsmässigkeit folge, dass letzterer auch nur im Sinne des ersteren gemeint sein könne, erscheint uns nicht zutreffend²⁾.

Der citierte Art. 335 redet von der Beschaffenheit der Waare. Dies ist aber nichts anderes als die Summe aller Merkmale, welche der Waare eigenthümlich sind.

Wenn nun Art. 347 von gesetzmässiger Beschaffenheit im Sinne des Art. 335 spricht, so geht hieraus hervor, dass Art. 347, da Art. 355 von mittlerer Art und Güte redet, nicht nur die Güte, also die Qualität, sondern auch die

1) a. a. O. I. S. 231.

2) Unzureichend ist es, wenn Schlodtmann a. a. O. S. 21 erklärt, man könnte eben so gut den Spiess umdrehen und den Nachdruck statt auf gesetzmässig auf vertragsmässig legen. Wenn beide Begriffe nebeneinander angeführt werden, so müssen hierfür Gründe vorhanden sein, die auf die Art und Weise, wie es Schlodtmann will, nicht erklärt werden. Freilich ist selbst Hanauseck nicht ganz konsequent, denn auch er legt bezüglich des Viehhandels den Nachdruck auf die ex pacto zu prästierenden Mängel. cfr. a. a. O. I. S. 239.

Art im Auge hat. Consequenter Weise muss man daher für den Art. 347 nicht nur die Qualitätsmerkmale sondern auch die Artmerkmale heranziehen. Freilich ist Art und Gattung nicht immer dasselbe, aber eine scharfe Scheidung der Begriffe findet zwischen beiden nicht statt und sie ist noch weniger möglich wie zwischen Art und Güte.

Aus diesem Ineinanderfliessen von Gattung und Art könnte man sogar folgern, dass Art. 347 positiv auch die Rüge der Gattungsmerkmale im Auge gehabt hat. Selbst wenn wir aber nicht so weit gehen, diesen Schluss zu ziehen, das eine ist jedenfalls völlig klar, dass das Gesetz irgend welche technischen Unterschiede zwischen Gattung und Art nicht kennt und durch die Citierung des Art. 335 auch die Artmerkmale der Rügepflicht unterstellt.

3. Welche Gründe haben nun aber den Gesetzgeber dazu veranlasst, Vertrags- und Gesetzmässigkeit nebeneinander zu stellen und den Art. 335 im Art. 347 zu citieren? Hierfür dürfte folgender Gedankengang massgebend gewesen sein:

Art. 347 legt dem Käufer eine Rügepflicht auf, wenn er wegen einer dem Kaufvertrage nicht entsprechenden Leistung rechtliche Ansprüche zu erheben gedenkt. Es kann aber vorkommen, dass der Vertrag selbst über die Qualität, vielleicht auch über die Art der Waare nichts bestimmt und demnach gemäss Art. 335 Art. 346 ergänzend in Kraft tritt. Das Wort vertragsmässig weist nur auf die aus einem Vertrage, nicht auf die aus dem Gesetz sich ergebenden Verpflichtungen hin.

Um nun jeden Zweifel zu heben, dass auch hinsichtlich der letzteren das Rügerecht resp. die Rügepflicht eintritt, fügt der Gesetzgeber zu dem Ausdruck vertragsmässig noch den Ausdruck gesetzmässig hinzu. Für diese, wie es uns scheinen will, natürliche Erklärung spricht auch die Entstehungsgeschichte des Art. 347.

In dem preussischen Entwurfe zu einem Handelsgesetzbuch Art. 264 war die Gesetzmässigkeit überhaupt

noch nicht erwähnt, erst in dem Entwurf, wie er nach der ersten Lesung hergestellt wurde, findet sie sich. Eine Aufklärung über diese Erscheinung erhalten wir, wenn wir die Protokolle zu Art. 263 unserem jetzigen Art. 346 in das Auge fassen. In dem letzteren findet dieselbe Nebeneinanderstellung von „vertrags-“ und „gesetzmässig“ im Sinne des Art. 335 statt wie im Art. 347. Man wird also nicht mit Unrecht von jener auf diese schliessen können. Bezüglich des Art. 263 Pr. E., welcher die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der Waare konstatierte, sofern diese gesetzmässig beschaffen und fehlerfrei ist, wurde beantragt, die Worte „und fehlerfrei“ zu streichen. Gegen dieselben machte man geltend, es würden leicht Schwierigkeiten entstehen, da man vermuten würde, die Waare dürfe überhaupt keine Fehler haben. Daraufhin wurde in der Commission ausdrücklich constatiert, die Waare sei fehlerfrei, besage nichts anderes, als dass sie, wenn nichts über ihre Beschaffenheit im Vertrage festgesetzt wäre, Handelsgut im Sinne des Art. 248 Pr. E. (jetziger Art. 335) sein müsse; wenn man diese Bestimmung für überflüssig erachte, so müsse dasselbe auch von der vertragsmässigen Beschaffenheit gelten, es könne aber Missverständnisse erregen, falls diese allein erwähnt würde.

Bei späterer Redaction trat an die Stelle von „fehlerfrei“, „wenn nichts besonderes bestimmt, nach Art. 248 beschaffen ist,“ und schliesslich das Wort „gesetzmässig“. Hieraus ergiebt sich, dass die Fehlerfreiheit der Waare im Sinne des Art. 248 Pr. E. nur zur Vermeidung etwaiger Missverständnisse in dem Gesetz Aufnahme gefunden hat. Von einer so weittragenden Bedeutung wie sie Hanauseck und die herrschende Meinung behauptet, kann nicht die Rede sein. Hätte die Commission diese Meinung gehabt, dann hätte man darauf hingewiesen in einer Debatte, in der man über die Aufrechterhaltung eines alten seit Jahrhunderten hergebrachten Principes disputierte.

4. Haben wir bisher gesehen, dass der Wortlaut des Gesetzes und die Gründe, welche bei der Fassung desselben massgebend gewesen sind, keineswegs darauf hinweisen, die Rügepflicht des Art. 347 sei auf Qualitätsmängel beschränkt, so werden wir die vollste Bestätigung finden, wenn wir die historische Entwicklung des Art. 347 seinem Inhalte nach einer Betrachtung unterziehen.

Vor der Einführung des Handelsgesetzbuches bestand gewohnheitsrechtlich das Institut des merkantilischen Empfanges, nach welchem die Waare als genehmigt gilt, wenn der Empfänger nicht alsbald nach ihrer Ankunft seine Missbilligung dem Absender zu erkennen giebt¹⁾. Es kannte keine Begrenzung der Rügepflicht in der Hinsicht, dass sie nur bei Qualitätsmängeln Platz griff. Auf diesem Institut fusst der Art. 347 H. G. B. insofern, als er selbst wieder aus dem Art. 264 Pr. E. sich entwickelt hat, der seinerseits in den Motiven durch dieselben Gesichtspunkte begründet wird, welche die Bildung des Gewohnheitsrechtes hervorgerufen haben. Sollte eine Beschränkung der Rügepflicht auf Qualitätsmängel durch Einführung des Handelsgesetzbuches bewirkt werden, so würde gewiss, um über die Absicht des Gesetzgebers keinen Zweifel aufkommen zu lassen, dieser Gedanke der Fassung des Gesetzes oder doch in den Beratungen der Commission scharf hervorgetreten sein. Dies ist aber keineswegs der Fall, wir haben vielmehr Anhaltspunkte, welche auf das Gegenteil hinweisen.

In den Verhandlungen der Commission wurde nämlich, wie oben ausgeführt, ein Antrag²⁾ gestellt, die Geltendmachung von Ansprüchen wegen verborgener Mängel nach Untersuchung und Genehmigung der Waare durch den Käufer auszuschliessen. Der Antragsteller fügte hinzu, dass dies Princip selbstverständlich nur auf Waarensendungen Anwendung finden könne, welche der Verkäufer

1) cf. Brinckmann a. a. O. S. 300—301.

2) Protokolle S. 649 flgd.

in gutem Glauben gemacht habe und welche das wofür sie ausgegeben wurden, wirklich gewesen seien, sodass Ersatzansprüche, die wegen dem Verkäufer bekannt gewesenen Fehler oder deshalb erhoben würden, weil etwas ganz anderes als die verkaufte Waare gesendet worden, nicht ausgeschlossen seien. Dieser Antrag wurde abgelehnt und zwar mit der Motivierung, dass, wo jenes Princip in Anwendung stände, dies durch örtliche Bedürfnisse hervorgerufen sei, dass aber eben dieser Umstand es bedenklich erscheinen lasse, dasselbe auch an Orten einzuführen, wo das Princip des Entwurfes seit Jahrhunderten hergebracht und zum Bedürfnisse geworden sei.

Aus dieser Gegenüberstellung des Principes des Antrages und des Entwurfes geht deutlich hervor, dass Letzterer auch die Rügepflicht bei Leistung eines aliud aufrecht erhält. Die völlige Sicherheit hierüber erlangen wir vollends durch den Hinweis auf das schon seit Jahrhunderten bestehende Gewohnheitsrecht, welches die Einschränkung der Rüge auf Qualitätsmängel — wie erwähnt — nicht kannte und welches der Entwurf sich völlig zu eigen gemacht hat. Diese Auffassung, welche sich in der ersten Lesung äusserte, ist nun nicht etwa später umgestossen worden. Hierfür haben wir positive Belege aus der zweiten Lesung. In derselben sollte ein Abgeordneter den Antrag, es ausdrücklich auszusprechen, dass der Verkäufer, welcher in dolo versiere, sich nicht auf die Versäumniss des Klägers berufen könne¹⁾. Dieser Antrag fand Beifall und es wurde beschlossen, ihn aufzunehmen. Er findet sich in unserem heutigen Art. 350.

Aus dem Umstande, dass von allen den Gesichtspunkten, welche der in der ersten Lesung gestellte Antrag enthielt, nur dieser eine, übrigens dem Gewohnheitsrecht schon bekannte, recipiert wurde, erhellt, dass die anderen nicht des Gesetzgebers Absichten entsprachen und eine

1) Protokolle S. 1384.

Änderung des in der ersten Lesung zum Princip des Entwurfs erhobenen Gewohnheitsrechtes nicht bezweckt wurde.

5. Nachdem wir zu dem Resultat gekommen sind, dass nach dem Gesetze selbst die Beschränkung der Rügepflicht auf Qualitätsmängel nicht angängig ist, finden wir eine Bestätigung unseres Ergebnisses, wenn wir die nachteilige Wirkung der herrschenden Meinung im praktischen Leben betrachten. Dieselbe geht davon aus, — wie es bei dem einen ihrer Vertreter mehr, bei dem anderen weniger hervortritt —, dass sie in der Zusendung einer nicht ganz vertragsmässigen Waare einen Versuch, die Bestellung zu erfüllen, erblickt. Wenngleich dieser Gedanke nur in Fällen zutreffend ist, in welchen die Lieferung *animo in solutionem dandi*, nicht aber wo sie *animo solvendi* geschieht, so lässt sich an und für sich gegen ihn nichts einwenden. Das Bedenkliche besteht aber darin, dass er noch weiter verfolgt und ähnlich wie im Strafrecht ein tauglicher und untauglicher Versuch unterschieden wird. Als tauglicher wird er nur dann betrachtet, wenn die zugesandte Waare in derselben Gattung wie die bestellte bleibt, während ein Herausfallen aus diesem Rahmen den Versuch zu einem untauglichen macht, welcher überhaupt nicht vom Käufer beachtet zu werden braucht.

Am schärfsten tritt dies bei *Gareis* hervor¹⁾, der eine Antwort auf den Erfüllungsversuch um so weniger vom Käufer verlangen zu dürfen glaubt, je grösser die Abweichung der Leistung von der Bestellung erscheint. Nun hat man aber eine Grenze ziehen müssen, um zu sagen, hier Käufer ist es deine Pflicht, dein Einverständnis zu erklären, dort aber verdient die Zusendung eine Antwort überhaupt nicht. Aus diesem Grunde hat man sich auf die Gattung berufen und es nicht für eine zu grosse Zumutung für den Käufer gehalten, seine Missbilligung zu erklären, so lange die Gattung gewahrt bleibt.

1) Kommentar S. 725—26.

Der hier das Motiv bildende Gedanke ist ersichtlich und besticht auf den ersten Augenblick. Man geht von der Voraussetzung aus, dass die Waare, welche der bestellten am nächsten kommt, vermutlich dem Käufer willkommener ist, als die mehr sich von jener entfernende. In Wirklichkeit ist dem aber nicht so.

Wenn der eine Kaufmann nicht genau den an ihn gestellten Wünschen entspricht, so finden sich bei der heutigen Konkurrenz 1000 andere, welche sich sofort hierzu erbieten. Kleine Abweichungen sind natürlich erlaubt, sie muss und wird sich jeder Käufer als unvermeidlich gefallen lassen¹⁾. Sobald dagegen jenes gewisse, mit in den Kauf zu nehmende Mass überschritten wird, ist dem Käufer jede der bestellten nicht entsprechende Waare unwillkommen, mag sie unter die gleiche Gattung fallen oder nicht. Zum mindesten ist es aber unberechtigt, eine positive Vermutung aufzustellen, dass die unter die bestellte Gattung fallende Waare leichter Genehmigung findet als eine andere.

Die Billigung oder Nichtbilligung hängt allein davon ab, inwiefern der Käufer durch diese seinen Interessen zu dienen vermag oder zu dienen glaubt. Eine Vermutung, was ausser dem Vertragsobject des Käufers Vorteilen entspricht, lässt sich überhaupt nicht aufstellen oder man geräth in haltlose Konjuncturen. Zu solchen giebt das Gesetz auch nicht die geringste Veranlassung. Denn sein Kern liegt in der Willenseinigung der Kontrahenten, eine individuelle Waare als die dem Kaufvertrage entsprechende gelten zu lassen, während die in dem Kaufvertrag enthaltene ältere Willenseinigung absorbiert wird²⁾. Dass eine derartige Willenseinigung sich nicht innerhalb der Gattungsgrenzen zu halten braucht, liegt klar auf der Hand. Nur darauf sei noch hingewiesen, dass durch Leistung einer vertragswidrigen mit einem Qualitätsmangel behafteten Waare das Interesse des Käufers in viel höherem Masse

1) Gareis E. H. II, S. 684.

2) cf. Schlodtman G. Z. XXXVII 7.15.

geschädigt sein kann, als im Falle der Lieferung eines Objectes anderer Gattung¹⁾. Einem Landwirt z. B., welcher einer bestimmten Sorte Rübenkerne bedarf, wird es unter Umständen angenehmer sein, er empfängt landwirtschaftliche Maschinen als eine andere für seine Zwecke wertlose Sorte Rübenkerne. In dieser Hinsicht lassen sich eben Vermutungen überhaupt nicht aufstellen.

Von diesen Schattenseiten ganz abgesehen, hat die herrschende Meinung den weiteren Uebelstand, dass sie vom Käufer verlangt, sich stets genau klar zu werden, ob die Leistung gegenüber der Bestellung von gleicher Gattung sei. Freilich wird ein ordentlicher Kaufmann stets wissen, ob eine Waare zur Erfüllung geeignet ist, ob sie erhebliche Abweichungen trägt, aber schwerlich, ob die Vertragswidrigkeit sich als etwas der Gattung nach anderes oder nur der Qualität nach mangelhaftes darstellt²⁾. Die Schwierigkeit dieser Frage zu ermessen, genügt, ein Blick auf die von uns angeführten Fälle aus der Praxis.

In dem vom Oberlandesgericht Hamburg entschiedenen Thatbestand, in welchem Karbadiner statt Tonkinmoschus geliefert ist, erklären 2 Sachverständige ersteren dem letzteren gegenüber für ein aliud, 2 das Gegenteil. In dem Fall, in welchem statt Reygras solches mit Trespe vermischt geliefert wird, erklären Sachverständige, die Sendung verdiene nicht den Namen Reygras. Vielleicht hätten sich auch hier noch Sachverständige finden lassen, die den Gattungsbegriff für gewahrt gehalten hätten. Wo liegt vor allen Dingen das Mass, das überschritten werden muss, um die Mischung als ein aliud und nicht nur als mangelhaftes Reygras erscheinen zu lassen? Die gleiche Frage könnte man bei dem Thatbestand, in welchem es sich um Mischung von Zucker mit Futterrübsamen handelt, aufwerfen. Ein klares für den Laien auch nur einigermaßen Anhalt gewährendes Princip wird sich niemals aufstellen lassen. Die Unsicherheit steigert

1) Hanseat. Gerichtszeitung, Jahrgang 1888, S. 299.

2) cfr. Schlodtmann a. a. O. S. 19.

sich noch, wenn man der Ansicht von Gareis zustimmen würde, dass sich die Beurteilung, ob ein aliud vorliege, nach den konkreten Verhältnissen zu richten habe, ganz abgesehen davon, dass auf diesem Wege die Anwendung des Art. 347 in einer demselben durchaus widersprechenden Weise eingeschränkt würde.

Der Begriff Gattung, mit dem die herrschende Ansicht operiert, stellt sich also als ein absolut nicht zu fassender dar. Die Folge ist eine grosse Rechtsunsicherheit, die ihrerseits eine Menge von zweifelhaften Processen zeitigt. Ein Ziel führwahr, welches so wenig erstrebenswert ist, so wenig den Bedürfnissen des practischen Lebens entspricht, dass der Weg auf dem man zu ihm gelangt, nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn der Gesetzgeber jede andere Möglichkeit direct abschneidet.

Vielfach tritt der Gedanke hervor, es sei für den Käufer eine unerhörte Zumutung auf jede von der Bestellung noch so weit abgehende Sendung zu antworten; es würde hiermit der Chikane Thor und Thür geöffnet. Hiergegen ist zu erwidern, dass allerdings Art. 347 leicht zur Chikane benutzt werden kann, dass diese Gefahr aber genau dieselbe ist, wenn man der herrschenden Meinung folgt. Auch hier offenbart sich wieder der Grundfehler der letzteren, die Schädigung des Käufers als geringere zu präsumieren, wenn die Waare der Qualität nach minderwertig ist, als wenn sie einer andern Gattung angehört. Im übrigen sind die ganzen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches auf Treu und Glauben im Verkehr aufgebaut; die Gefahr des Missbrauchs zur Chikane wird daher häufig vorliegen. Deswegen weil die Möglichkeit des Missbrauchs gegeben ist, darf man aber doch nicht eine gesetzliche Bestimmung, welche für den redlichen Handelsverkehr von ausserordentlich wohlthätigem Einfluss ist, überhaupt vor-enthalten.

Zum Schluss unserer Betrachtung über die Leistung eines aliud pro alio haben wir noch darauf hinzuweisen,

wie sehr das von uns gewonnene Resultat mit den von dem Preussischen Entwurf angeführten Gründen ¹⁾ harmoniert. Sowohl die Speculationsmöglichkeit auf Seiten des Käufers wie die Erschwerung des Beweises der Vertragsmässigkeit und die schnelle anderweitige Verfügungsmöglichkeit über die Waare auf Seiten des Verkäufers treten nicht nur ein, wenn die Fehlerhaftigkeit des gelieferten Objectes eine qualitative, sondern auch dann und zwar in fast noch höherem Masse, wenn ein aliud geliefert ist. Diese Gründe selbst bilden sogar ein Argument für unsere Auffassung des Art. 347, denn sie sind so allgemeiner Natur, dass aus ihnen auf die Absicht des Gesetzgebers geschlossen, eine Beschränkung der Rügepflicht auf Qualitätsmängel durchaus nicht hervorgeht.

§. 12

Quantitätsmängel.

Wie aus der bisherigen Erörterung hervorgeht, lehrt die herrschende Meinung, Art. 347 finde nur bei Qualitätsmängeln Anwendung; die Quantitätsmängel unterlägen der Rügepflicht nur dann, wenn sie gleichzeitig Qualitätsmängel sind ²⁾. Zwei Gesichtspunkte sollen noch von Hahn und Hanauseck besonders für eine Beurteilung in dieser Hinsicht massgebend sein. Ein Qualitätsmangel liegt dann vor, wenn die Abweichung nach einer Richtung hin auftritt, die nicht unmittelbar der Feststellung des zu liefernden Quantum dient oder wenn durch den Mangel der Quantität die Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit der Waare erheblich verringert wird.

1) Preuss. Entwurf S. 141.

2) Wolff, Busch-Archiv XV S. 305—6, Schlomka-Busch-Archiv V S. 201 No. 4. Hahn II S. 305, Hanauseck I S. 259 fg. Staub S. 803.

Staub legt mehr Gewicht auf Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Waare. Im letzteren Falle sieht er Quantitäts- stets als Qualitätsmängel an. Ist dagegen die Leistung teilbar und das Abweichen der empfangenen von der bestellten Waare ein rein quantitatives, so kann in Falle der Zuweniglieferung nach seiner Ansicht das Gelieferte nicht zurückgewiesen werden und wegen des Manko bestehen die Rechte aus Art. 355 fg, während im Fall der Zuviel- lieferung das vertragsmässige Quantum angenommen, das andere zur Verfügung des Verkäufers gestellt werden muss, wenn auch nicht unter strikter Beobachtung des Art. 347.

Einen ähnlichen Standpunkt nimmt auch das Reichsoberhandelsgericht ein, welches, ohne ein allgemeines Princip aufzustellen, die konkrete Sachlage prüft, ob Quantitäts- oder Qualitätsmängel vorliegen¹⁾. Wenn zu- viel geliefert und die geleistete Waare untheilbar oder aber die Vornahme der Teilung umständlich ist, nimmt das Reichsoberhandelsgericht Zusendung unbestellter Waaren an. Erfolgt eine Mankolieferung, so tritt die Rügepflicht stets ein, mag die Waare unteilbar sein oder mag sie Teil- leistungen zulassen²⁾.

Im Gegensatz zur herrschenden Meinung behauptet Gareis³⁾ Quantitätsmängel fielen ebenfalls unter die Herrschaft des Art. 347 H. G. H. Er führt als allgemeinen Grund das Verkehrsinteresse, die Usance und die Praxis an, welche die Zusendung in allen Beziehungen als ge- billigte Vertragserfüllung ansehen, wenn nicht rechtzeitig reklamiert würde. Bei Zuweniglieferung folgt er der An- sicht des Reichsoberhandelsgerichts, es muss stets gerügt werden. Im Falle der Zuviellieferung liegt nach ihm andere unbestellte Waare vor, wenn dieselbe juristisch

1) R. O. H. G. I S. 125, II S. 60, IV S. 134.

2) Betreffs der weiteren im wesentlichen, den gleichen Stand- punkt, wie die bisher angeführten, einnehmenden Praxis cf. Gareis, Dispst. S. 71—74 und Hanauseck I S. 259 fg.

3) E. H. G. II S. 682 fg. Dispst. S. 70 fg.

nicht teilbar, oder die Teilung mit besonderen Umständen verknüpft ist. Man sollte nun meinen, dass Gareis seinen früher entwickelten Anschauungen gemäss die Rügepflicht bei dem aliud ablehnen würde: nichts desto weniger hält er es für um so weniger berechtigt, die Dispositionsstellung von dem Bereiche quantitativer Mängel auszuschliessen, als der Handel sehr häufig in einer nach gewöhnlichen und allgemeinen logischen Begriffen als quantitativ erscheinenden Mangelhaftigkeit eine qualitative sieht. Sowohl aus seinen sonstigen Ausführungen wie aus Seite 711 II E. H. geht hervor, dass Gareis Rügepflicht und Dispositionsstellung identisch gebraucht, er also auch die erstere bei jenen Worten im Auge gehabt hat¹⁾. So wenig die eben von Gareis citierten Sätze namentlich bei seiner Stellung gegenüber der Leistung eines aliud pro alio eine Begründung für die Anwendug des Art. 347 bei reinen Quantitätsmängeln zu sein vermögen, so trifft er doch das Rechte, wenn er das Schweigen bei Abweichung der Quantität als Genehmigung ansieht. Dass Quantitätsmängel in dieser Weise zu behandeln, geht nach unserer Auffassung aus dem Gesetz hervor.

Dasselbe spricht davon, dass die übersendete Waare vertragsmässig sein soll. Was heisst vertragsmässig? Die übersandte Waare soll mit der bestellten in jeder Beziehung übereinstimmen. Zwar hat die herrschende Meinung wegen des Wortes „gesetzmässig“ der Vertragsmässigkeit des Art. 347 den Sinn beigelegt, als sei sie nur auf die Beschaffenheit zu beziehen; wir haben aber oben darzulegen versucht, dass die Bedeutung des Wortes vertragsmässig die gewöhnliche geblieben und demnach die soeben festgestellte ist. Hieraus geht hervor, dass auch eine Nichtübereinstimmung bezüglich der Quantität nicht vertragsmässig und deshalb zu rügen ist. Freilich wird man einwenden, bei einer sonst dem Vertrage entsprechenden Sendung, welche nur ein zu viel enthält z. B. statt 50 Centner

1) cf. § 6 dieser Untersuchung.

Java Kaffee I. Qualität 70 Centner, besteht doch zwischen den 50 bestellten und 50 von den 70 gesandten eine Übereinstimmung, nur dass 20 mehr als neue Offerte gesandt sind, auf welche zu antworten oder nicht zu antworten sich nach den Regeln über Zusendung unbestellter Waaren richtet.

Dieser Gesichtspunkt kann nur dann Platz greifen, wenn es überhaupt keiner Thätigkeit des Käufers bedarf, um das zu viel von dem bestellten Masse auszusondern also z. B. wenn auf 50 bestellte Säcke Java Kaffee 70 genau dem Vertrage entsprechende geliefert werden. Hier erhält der Käufer genau, was er gewollt und ein unbestelltes Mehr, auf welches zu schweigen oder zu antworten sich nach den Regeln über Zusendung unbestellter Waare bestimmt. Wären dagegen statt 50 Säcke zu 1 Centner 50 zu 1 $\frac{1}{4}$ Centner gesandt, so stimmt die bestellte mit der gesandten Waare nicht überein und es bedarf der Rüge, wie wenn sonst ein aliud pro alio geliefert ist. —

Bei einem Manco der Leistung gegenüber der Bestellung hat stets die Monitur zu erfolgen, ebenso bei einer Teilleistung, wenn sie rechtlich oder vertragsmässig nicht zulässig erscheint, oder wenn zwar dies der Fall, die Zusendung aber wieder ihrerseits nicht einmal zu einer Teilleistung quantitativ geeignet ist. Hiergegen könnte man folgenden Einwand machen. Durch eine Zuweniglieferung gerät der Verkäufer in mora solvendi, es treten demnach die Bestimmungen des Art. 355—56 H. G. B. ein. Art. 356 schreibt vor, dass der Contrahent, welcher wegen Verzugs vom Vertrage abgehen oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend machen will, dies dem andern Contrahenten anzeigen muss. Ex argumento e contrario geht daraus hervor, dass es der Anzeige nicht bedarf, wenn Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangt wird. Hieraus könnte man schliessen, einer Rüge bedürfe es nicht bei Verzug des Käufers, um Genehmigung auszuschliessen, andernfalls wäre eine Anzeige auch im letzten Falle erwähnt oder bei den beiden erst genannten

nicht besonders erfordert worden. Dem gegenüber ist aber zu konstatieren, dass Art. 355 und 56 überhaupt nur die Geltendmachung von materiell rechtlichen Ansprüchen behandeln, während, wie schon früher festgestellt, Art 347 nur die Voraussetzungen für die Erhebung jener normiert. Wenn also die Fälle des Art. 356 eine Anzeige verlangen, so kann dieselbe sehr wohl mit jener des Art. 347 vereint werden, jedenfalls schliesst die eine die andere nicht aus.

Der Zweck des Art. 347 den Verkäufer nicht in Ungewissheit über den Bestand des Geschäftes zu belassen, vor allem ihn aber nicht dem Nachteil auszusetzen, dass der Käufer vom Steigen der Preise Nutzen ziehe und für sich in der Zwischenzeit vorteilhafte Speculationen unternehmen kann, tritt bei Quantitätsmängeln nicht minder als bei Qualitätsmängeln hervor und es wäre eine wunderbare Inkonsequenz des Gesetzes, wenn es den Verkäufer in der einen Hinsicht schützte, in der andern aber, wo er ebenso des Schutzes bedürftig ist, nicht.

3. § 13.

Verpackungsmängel.

Wir haben bis jetzt ein Abweichen der gesandten von der bestellten Waare selbst betrachtet; wie liegen aber die Verhältnisse, wenn ein solches sich nur in der Verpackung oder in der Art der Übersendung äussert?

Die Verpackung ist häufig eine besondere Eigentümlichkeit einer bestimmten Waare, sei es, dass die letztere in der Geschäftswelt nur in einer solchen bekannt ist, sei es, dass sie ihrer Natur nach eine bestimmte Verpackung verlangt. Man ist daher gewohnt, die Waare nur in dieser Verpackung zu kaufen, es entstehen leicht Zweifel an ihrer Echtheit, wo sie nicht vorhanden, kurz ihr Fehlen mindert den Wert und beeinträchtigt die Möglichkeit des Umsatzes

In diesen Fällen sieht man, darüber herrscht Einigkeit, die Verpackung als eine besondere Eigenschaft der Waare an, fasst eine derartige nicht ordnungsmässige Verpackung als einen Qualitätsmangel auf, und bringt die Bestimmung des Art. 347 zur Anwendung, auf Grund welcher Schweigen nach Kenntnissnahme als Genehmigung zu betrachten ist ¹⁾.

Nach unserer Auffassung ist die Sachlage genau dieselbe, wenn eine bestimmte Art der Verpackung z. B. in Fässern von bestimmter Grösse im Vertrage festgesetzt ist, während dagegen der Verkäufer hiervon abweicht. Trifft ein Kaufmann in dem Vertrage Bestimmungen, die Waare solle in einer gewissen Verpackung geliefert werden, so geht daraus hervor, da dem Handelsverkehr stets ein wirtschaftlicher Zweck zu Grunde liegt, dass für den Käufer eine derartige Emballage wertvoll ist. Die Waare selbst erleidet für ihn einen Wertverlust, falls die Verpackung nicht vertragsmässig ausgeführt ist, der ganz ähnlich demjenigen ist, wenn statt Prima- Secundaqualität geliefert wird. Einen Unterschied in dieser Hinsicht zu machen, ist sachlich nicht gerechtfertigt und wird es um so weniger, je mehr man den vom Preussischen Entwurf ausgesprochenen Zweckgedanken im Auge hat. Seht treffend bemerkt Roloff in der Kritik eines Urteils des Berliner Obergerichtes ²⁾, der Zweck des Handelskaufes sei weiterer Vertrieb der angeschafften Waare. Deshalb sei alles, was ein Object zur Handelswaare mehr oder weniger tauglich mache, als zu der Beschaffenheit der Waare gehörig aufzufassen, mag es die physischen Eigenschaften des Objects oder seine äussere Ausstattung betreffen. In der That nimmt denn auch die Theorie ganz überwiegend diesen Standpunkt ein. Nach v. Hahn ³⁾ gehört in solchen Fällen die Art der Verpackung mit zu der Beschaffenheit der Waare.

1) Staub. a. a. O. S. 803. Hanauseck I S. 266. v. Hahn a. a. O. II S. 305, Gareis Dispst. S. 69.

2) Busch, Archiv VII S. 33

3) a. a. O. II 306.

Die gleiche Ansicht teilen Staub¹⁾ und Hanauseck²⁾, welche beide im allgemeinen der Ausdehnung des Principes des Art. 347 abhold sind, sowie das Reichsoberhandels- und Reichsgericht in folgenden Entscheidungen XI S. 610fg. Bolze IV No. 724.

Wolff³⁾ stimmt hiermit dem Resultat nach überein, meint jedoch, in sofern der Verkäufer wissentlich einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung zuwider handle, komme weniger Art. 347 zur Anwendung, eine Reclamation sei vielmehr auf Grund des Art. 323 ratsam. Er beruft sich hierbei auf das schon früher erwähnte Urteil des Berliner Obertribunal's⁴⁾, welches in der Reclamation nur eine Mitteilung dessen sieht, was der Verkäufer weiss, und Art. 347 nur auf Qualitätsmängel beschränkt wissen will. Bereits früher haben wir hervorgehoben, dass das Wesen der Mängelrüge nicht in der Mitteilung neu entdeckter Fehlerhaftigkeit der Waare, sondern in der durch die Rüge zum Ausdruck kommende Nichtübereinstimmung des Willens liegt. Soeben ist nachzuweisen versucht worden, wie sehr wohl ein Mangel in der Verpackung Qualitätsfehler sein kann, also Art. 347 Anwendung findet.

Wie liegen aber die Verhältnisse, wenn man abgesehen von besonderen Bedingungen im Vertrag und abgesehen davon, dass eine bestimmte Art von Verpackung für eine bestimmte Waare verkehrsüblich ist, die Verpackung sich als mangelhaft herausstellt, selbstverständlich vorausgesetzt, dass die Waare bis zu ihrer Ankunft nicht darunter gelitten hat? Darin stimmen wir Hanauseck⁵⁾ und der herrschenden Theorie bei, dass dann die Verpackung unter den Begriff Art der Übersendung fällt. Art. 344 setzt fest, falls der Käufer über die Art der Übersendung, also auch

1) a. a. O, S. 803.

2) a. a. O. I. S. 266.

3) Busch, Archiv XV S. 306.

4) Busch Archjv VII S. 28 fg.

5) a. a. O. I S. 266.

über die Verpackung im Vertrage nicht näheres bestimmt hat, gelte der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die nötigen Anordnungen zu treffen. Hiermit wird die Pflicht desselben als stillschweigende Vertragsergänzung festgestellt. Ein Mangel der Verpackung oder allgemein der Art der Übersendung ist daher ebenso zu beurteilen, wie andere Abweichungen vom Vertrage, die nicht unmittelbar die Waare selbst betreffen. Die Rügepflicht bezüglich derartiger Mängel haben wir später zu untersuchen, wenn wir von der analogen Ausdehnung des Art. 347 handeln.

4. § 14.

Entdeckung und Entdeckbarkeit.

Schon nach gemeinem resp. römischem Recht stand dem Käufer, welcher einen Fehler des Kaufgegenstandes kannte, die *exceptio doli* entgegen, falls er wegen desselben Ansprüche erhob¹⁾.

Der Art. 347 H. G. B. spricht zwar nur von Mängeln, welche bei sofortiger Untersuchung nach ordnungsmässigem Geschäftsgang erkennbar sind und solchen, wo dies nicht der Fall ist. Aus seinem ganzen Gedankengang, wie namentlich auch daraus, dass verborgene Mängel sofort nach ihrer Entdeckung geltend gemacht werden müssen, geht aber hervor, dass der Käufer wegen Mängel, die er vor dem Kauf kannte, Ansprüche nicht erheben darf. Nachdem er in den Besitz der Waare gekommen ist, hat er die Verpflichtung, die Waare sofort zu untersuchen. Diese Untersuchung darf keine oberflächliche, braucht aber nicht etwa eine scrupulöse²⁾ unter Zuziehung von

1) Hanauseck a. a. O. I S. 83 S. 115 fg. cf. l. 1. § 6 De. aed. ed. 21, 1.

2) cf. Protokolle S. 643.

Sachverständigen zu sein¹⁾, sie muss vielmehr nur mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, dem ordentlichen Geschäftsgebrauch entsprechend vorgenommen werden; vor allem ist es aber nicht nötig, bei grösseren Sendungen, oder wenn die Waare nur in Originalverpackung veräussert wird, etwa die ganze Waare zu prüfen, es genügen vielmehr einige Stichproben; was auf diese Weise nicht ermittelt werden konnte, ist als heimlicher Fehler zu betrachten²⁾. Der Gesetzgeber zeigt eben in jeder Weise das Bestreben nicht etwas bestimmtes über die Intensität der Untersuchung festzusetzen, weil er doch niemals allen Verhältnissen gerecht werden kann, sondern sucht möglichst allgemein gehaltene Normen aufzustellen, die Beurteilung der konkreten Sachlage aber dem Richter zu überlassen³⁾.

Dasselbe Princip macht er sich zu eigen bezüglich der Frist, innerhalb welcher die Anzeige der Mängel geschehen muss. Auch hier wird nicht etwa ein bestimmter Zeitraum festgesetzt, sondern der Gesetzgeber braucht den Ausdruck „ohne Verzug“ „sofort“. Damit soll nicht gesagt werden, dass der Käufer ohne Zögern augenblicklich den entdeckten Fehler mitteilen muss, sondern nur, dass keine Zeit verstreichen darf, die bei ordnungsmässigem Geschäftsgang als unmotivirter Verzug von Seiten des Käufers erscheint⁴⁾.

Objektive Verhinderungen, welche der ordnungsmässigen Untersuchung sowie der rechtzeitigen Anzeige entgegenstehen, sind völlig bedeutungslos, soweit sie der Käufer in irgend einer Weise selbst verschuldet hat z. B.

1) Ein Grund, um dessen willen der Viehkauf anders zu behandeln wäre, ist nicht ersichtlich, cf. Urteil des A. G. Celle in G. Z. XXIV S. 288 No. 82a.

2) Protokolle S. 644.

3) cf. Staub a. a. O. S. 805, v. Hahn a. a. O. II S. 302, R. O. H. G. IV. S. 45, XIV S. 288, IX S. 207, XVII S. 217, Hanauseck a. a. O. S. 54 fg. Makower a. a. O. S. 391, Gareis E. H. II S. 706 fg.

4) v. Hahn a. a. O. S. 300. R. O. H. G. II S. 237, Staub a. a. O. S. 805, Gareis E. H. II S. 709 fg., Makower, Commentar S. 392.

dadurch, dass er das Zusammentreffen verschiedener grosser Sendungen gewusst und nicht die nötigen Vorkehrungen getroffen hat. Konnte er dagegen dasselbe nicht voraussehen, so wird hierin allerdings ein Entschuldigungsgrund zu erblicken sein. Die Entscheidung kann auch in dieser Hinsicht nicht in der Beobachtung einer allgemeinen Regel bestehen; sie wird stets von den konkreten Umständen abhängen¹⁾. Die Entdeckung verborgener Mängel setzt ihrerseits, um die Geltendmachung von Ansprüchen erfolgreich zu gestalten, voraus, dass der seit der Ablieferung verflossene Zeitraum nicht grösser als 6 Monate ist. Sämtliche Klagen wegen fehlerhafter Leistung verjähren, wie Art. 349 H. G. B. bestimmt, binnen 6 Monaten nach der Ablieferung.

Wie schon früher erwähnt, besitzen die Bestimmungen des Art. 347 auch Gültigkeit für den Nichtkaufmann, die Commissionsverhandlungen weisen hierauf ausdrücklich hin²⁾, und der Wortlaut des Gesetzes selbst giebt keine Veranlassung, eine Unterscheidung von Kaufmann und Nichtkaufmann zu machen. Wenngleich die Speculationsgefahr auf Kosten des Verkäufers in diesem Falle fast gar nicht besteht, so wird man dennoch von den soeben aufgestellten Grundsätzen nicht abweichen können und bezüglich der Untersuchungs- und Anzeigepflicht fordern müssen, dass der Käufer keine Zeit grundlos unbenutzt verstreichen lässt und die Untersuchung wie ein diligens pater familias ausführt. —

5. § 15.

Nichtvorhandensein des Betruges.

Die bisher erwähnten Bestimmungen des Art. 347 H. G. B. treten nicht ein, wenn der Verkäufer sich eines Betruges schuldig gemacht hat. Darüber herrscht in der

1) Staub a. a. O. S. 805, v. Hahn a. a. O. S. II 303. Gareis E. H. II S. 709. Makower S. 392e cf. R. O. H. G. II S. 42. 47. XI S. 306 für weitere Entscheidungen vgl. Gareis, Dispst. S. 105, 106.

2) Protokolle S. 646.

Litteratur vollkommene Einigkeit, dass Art. 350 nicht etwa den strafrechtlichen sondern den civilrechtlichen Begriff des Betruges im Auge hat¹⁾. Allerdings ist man verschiedener Ansicht, wann der letztere als gegeben zu erachten ist.

v. Hahn²⁾ stellt den Betrug im Sinne des Art. 350 H. G. B. dem *dolus* gleich und führt als besonders charakteristisch für den Specieskauf den Fall an, in welchem der Verkäufer wider besseres Wissen gewisse Eigenschaften der Waare beilegte oder verschwieg, trotzdem er wusste oder wissen musste, dass hierdurch der Käufer zum Kaufabschluss veranlasst würde; für den Genuskauf den Fall, in welchem der Käufer doloser Weise die Waare als vertragsmässige bezeichnete resp. ihre Nichtvertragsmässigkeit verschwieg. In ähnlicher Weise sagt Gareis Betrug liege vor, wenn der Verkäufer falsche Vorstellungen bei dem Käufer hervorruft, oder vorhandene falsche Vorstellungen nicht berichtigt, trotzdem er wisse, dass von denselben der Abschluss des Kaufes abhängt³⁾.

Staub formuliert ganz allgemein seine Ansicht dahin und zwar nach unserer Auffassung sehr treffend, dass Betrug im Sinne des Art. 350 dann vorliege, wenn der Käufer bewusst mangelhafte Waare geliefert habe, nicht in der Erwartung, der Käufer werde die Waare trotz Kenntnis der Mängel behalten, sei es auch nach Verhandlungen und Concessionen, sondern in der Erwartung, er werde die Mängel nicht kennen, deshalb die Waare behalten und die Rügepflicht versäumen⁴⁾. Zu weit geht das Reichsgericht darin, dass es *dolus* schon dann annimmt, wenn der Ver-

1) Staub a. a. O. S. 829, Makower a. a. O. S. 401. v. Hahn a. a. O. II S. 336, Gareis Dispst S. 166. Hanauseck a. a. O. II S. 360. cfr. Protokolle S. 1461 S. 1384. Dieser Artikel fand sich nicht im Preussischen Entwurf und wurde erst in der zweiten Lesung aufgenommen.

2) a. a. O. S. 336—37.

3) Dispst. S. 167 ähnlich Hanauseck a. a. O. II S. 62 flgd.

4) a. a. O. S. 829—30, ebenso R. O. H. G. II. S. 192. IV. S. 186. V. S. 323. X S. 337.

käufer das Bewusstsein habe, die Waare sei für den Käufer unannehmbar, da hieraus hervorgehe, er habe nur speculiert, der Käufer werde die Rügepflicht versäumen. Das Reichsgericht übersieht dabei, dass dann der Käufer allerdings Bemängelung erwarten wird, aber dennoch auf Annahme der Waare hoffen kann, wenn er dem Käufer Concessionen macht¹⁾. Die von Staub aufgestellte Ansicht erscheint uns den Charakter des Betruges am besten zu entsprechen.

Es erübrigt nur noch zu besprechen, wie sich die Verhältnisse dann gestalten, wenn der Rechtsvorgänger des Verkäufers den Betrug verübt hat, während Letzterer sich in bona fide befindet. Nach unserer Auffassung besteht auch dann die Pflicht der Mängelrüge. Es steht fest, dass, wenn der eine Kontrahent aus einem Vertrage Ansprüche erhebt, dies nur gegen seine Mitkontrahenten von besonderen Ausnahmen abgesehen, wie bei Erbgang, geschehen kann. Wenn nun Art. 350 sagt: die Bestimmungen des Art. 347 und 349 können von dem Verkäufer im Falle eines Betruges nicht geltend gemacht werden, so heisst das nichts anderes, als der auf Erfüllung klagende Verkäufer dringt mit seiner Klage auch trotz unterlassener Mängelrüge dann nicht durch, wenn ihm der Käufer die exceptio doli wirksam entgegensetzen kann. In dem von uns gesetzten Falle, in welchem aber der Vormann des Verkäufers, nicht der Letztere sich in dolo befindet, würde eine exceptio doli hinfällig sein. Der Käufer müsste also rügen, wenn er nicht das Präjudiz der Genehmigung wider sich gelten lassen will.

1) Staub a. a. O. S. 829—30. R. G. I S. 300 cf. Puchelt Anm. 3 zu Art. 350, der deswegen gegen das R. G. polemisiert, weil hier jede besondere Veranstaltung zum Betruge fehle.

IV.

Anwendung des Art. 347 im Wege
der Analogie.

1. § 16.

Tausch und Werklieferung.

Die herrschende Meinung hält es für unzulässig, eine gesetzliche Norm, die im so hohen Grade das Gepräge einer Ausnahmebestimmung wie Art. 347 an sich trage, im Wege der Analogie auf Fälle anderer Art anzuwenden¹⁾. Wir bestreiten zunächst den Character der Singularität, welcher so stark betont wird. Es ist ja gerade Aufgabe des Handelsgesetzbuches und der ganze Zweck des Handelsrechtes überhaupt gegenüber dem sonstigen bürgerlichen Recht besondere dem Handel und Verkehr dienende Bestimmungen zu treffen. Wenn unter ihnen sich nun eine solche findet, welche dem Käufer gewisse Pflichten auferlegt, um schnelle Abwicklung, Sicherheit über den Bestand der Handelsgeschäfte und Verhinderung speculativer Übervorteilung des Verkäufers durch den Käufer zu erzielen, so liegen darin für den Handel Gesichtspunkte derartig allgemeiner Natur, dass man sie im Rahmen eines Handelsgesetzbuches schwerlich als Ausnahmebestimmungen bezeichnen kann.

Schon aus dem Umstande, dass vor der Entstehung des Art. 347 ein demselben inhaltlich gleichendes Gewohnheitsrecht sich gebildet hatte, geht hervor, wie tief er in den Interessen des Handels begründet ist. Es offenbart sich in ihm nicht etwa nur eine einzeln dastehende Rechtsnorm, sondern es lebt in ihm ein ganzes Prinzip, das seinem Ursprunge nach auf die im Handelsrecht äusserst stark hervortretende bona fides zurückführt.

1) Staub a. a. O. S. 802—803. Hanauseck a. a. O. I. S. 254.

Wir halten es daher entgegen der oben erwähnten Anschauung nicht nur nicht für unstatthaft, sondern sogar im Sinne des im Gesetze zum Ausdruck gekommenen Principes für zwingend auf Fälle jene Bestimmung anzuwenden, welchen die dem Art. 347 innewohnende ratio der Natur nach zu Grunde liegt.

Der Zweckgedanke, die ratio des Art. 347 ist das entscheidende. Wo sie Platz greift, halten wir eine analoge Anwendung für geboten. Ist eine analoge Anwendung des Art. 347 H. G. B. auf Tauschgeschäfte statthaft? Hanau¹⁾ leugnet es, weil die Art. 347—50 sich nur auf Kaufgeschäfte beziehen, und eine analoge Ausdehnung überhaupt wie erwähnt, für ihn ausgeschlossen erscheint. Wir sind der entgegengesetzten Ansicht.

Das Tauschgeschäft hat wenig ihm selbst eigentümliche Regeln, für dasselbe greifen meist diejenigen des Kaufes Platz.²⁾ Die Verpflichtungen, welche zwischen beiden Contrahenten entstehen namentlich bezüglich der Haftung wegen Mängel und fehlender Vorzüge, sind dieselben wie bei dem Kauf. Schon hieraus geht klar hervor, dass ebenso wie bei dem Kauf die eine Partei die Mangelhaftigkeit der eingetauschten Waare zur Speculation benutzen kann, dass es ebenso wie bei dem Kauf im Interesse beider Parteien liegt, die Rüge sofort nach Empfang der Waare zu erheben, damit ihr vertragsmässiger Zustand bewiesen oder eine anderweitige Verfügung über sie bewirkt werden kann. Nur der Umstand unterscheidet den Tausch vom Kauf, dass bei ersterem beide Parteien an der sofortigen Mängelrüge interessiert sind, weil jede von ihnen gleichzeitig Käufer und Verkäufer ist, bei letzteren der Verkäufer allein das Interesse hat.

In gleicher Weise wie bei dem Tausch wird gestritten, ob bei der Werklieferung der Art. 347 Anwendung findet.

1) a. a. O. I S. 200.

2) Windscheid, Pand. II § 398. Dernburg, Pand. II § 103; für das A. L. R. cf. Foerster-Excus, Preuss. Privatr. II § 123.

Handelt es sich um eine Lieferung vertretbarer Sachen oder um einen Kauf, so ist es nach unserer Auffassung stets der Fall. Das Reichsoberhandelsgericht hat freilich in verschiedenen Urteilen¹⁾, in welchen eine Maschine Gegenstand des Kaufes resp., in welchen die Lieferung einer solchen nach Landesrecht als Kauf anzusehen war, den Art. 347 nicht direct angewandt, sondern sich nur auf dessen ratio berufen. Es meint nämlich, dass der ganze 2. Titel des 4. Buches des Handelsgesetzbuches sich nur auf eigentliche Handelskäufe von Waaren im engeren Sinn bezieht²⁾.

Diese Ansicht entbehrt, wie wir glauben, der Begründung und wird auch vom Reichsoberhandelsgericht selbst nicht konsequent durchgeführt³⁾. Wichtiger, und nicht so sicher zu entscheiden wie die eben erörterte, ist die Frage, ob Art. 347 auch für Werklieferung nicht vertretbarer Sachen wenigstens analog Platz greift. Staub⁴⁾ sucht dieselbe zu umgehen, indem er den Begriff der Vertretbarkeit derartig weit fasst, dass fast alle im Handelsverkehr vorkommenden Lieferungsgeschäfte unter Art. 338 fallen. Mag der Begriff der Vertretbarkeit in dieser Weise richtig gefasst sein oder nicht, immerhin giebt es im Handelsverkehr Geschäfte, wenn vielleicht auch nach Staub sehr selten, in welchen es sich um Lieferung nicht vertretbarer Sachen handelt, und die Frage bleibt daher doch eine offene, in wie weit dann Art. 347 anzuwenden ist.

Die herrschende Meinung hält ja eine analoge Ausdehnung des Art. 347 überhaupt für ausgeschlossen⁵⁾ und so ist es nur natürlich, wenn sie sich bezüglich der Lieferung nicht vertretbarer Sachen negierend verhält?

1) R. O. H. I S. 148 fg XI S. 99 fg.

2) ebenso die Urteile in Busch Archiv XXV S. 248 fg. und XXX S. 49 fg.

3) cf. R. O. H. G. IX S. 221 XI S. 65 fg. XXI S. 313.

4) a. a. O. S. 798. cf. mit S. 766.

5) cf. Hanauseck a. a. O. I S. 201, Staub a. a. O. S. 798, jedenfalls auch v. Hahn a. a. O. II S. 292 Anm. 5.

Eine andere Stellung nimmt das Reichsoberhandelsgericht ein. Es erklärt die Bestimmungen des Art. 347 für analog anwendbar, wenn eine Werkverdingung weder als Kauf noch als Lieferungsvertrag über vertretbare Sachen anzusehen ist¹⁾. Sehr treffend findet es die Begründung für diese Ansicht darin, dass die Frage, ob eine Waare die gesetzlichen und vertragsmässigen Eigenschaften habe, bei der *locatio conductio operis* von der gleichen Bedeutung ist, wie bei dem ohnehin mit ihm nahe verwandten Kauf. Das Reichsgericht, welches früher Band I S. 91 diese Ansicht gebilligt hatte, weicht in einem späteren Urteil Band 25 S. 90 fg. von ihr ab. Es beruft sich auch wieder darauf, Art. 347 sei eine singuläre Vorschrift über den Handelskauf und einer analogen Ausdehnung auf Werkverdingung nicht fähig.

Dem ist aber nicht so. Wir haben früher nachzuweisen versucht, dass Art. 347 durchaus nicht eine singuläre Natur hat, vielmehr auf einem ganz allgemeinen Princip beruht. Ist aber dies der Fall, so kann der Umstand nicht in das Gewicht fallen, dass Art. 347 nur den Käufer im Auge hat. Eine analoge Ausdehnung ist dann geboten, wenn Zweck und Ziel, welche die Bestimmung für den Kauf hervorgerufen haben, auch für die Werkverdingung Platz greift. Dies trifft aber völlig zu, umsomehr, als beide Institute mit einander verwandt sind.

Es ist daher überflüssig mit den allgemeinen Principien der *bona fides* zu operieren, wenn man im Gesetz einen Anhalt besitzt. Falls man sich auf erstere beruft, gesteht man zu, dass ein Bedürfnis vorliegt, verspätete Monitoren abzuschneiden, dass also dieselbe *ratio* für die Werkverdingung besteht, welche zur Bildung des Art. 347 für den Kauf geführt hat. Wir halten daher eine analogen Anwendung des Art. 347 auf Werkverdingung, in welchem es sich um Lieferung einer nicht vertretbaren Sache handelt, für geboten.

1) R. O. H. G. XIV. R. G. I S. 91 cf. Makower a. a. O. S. 389.

2. § 17.

Platzgeschäfte.

In der Litteratur wie in der Praxis geht eine weitaus überwiegende Meinung dahin, dass Art. 347 H. G. B. nicht auf Platzgeschäfte, auch nicht analog Anwendung findet. Die Vertreter der gegnerischen Ansicht¹⁾ berufen sich meist auf innere Gründe, welche bei dem Platzgeschäft dieselben wie bei dem Distancegeschäft wären.

An sich halten wir letzteres für zutreffend, vermögen aber deswegen einer analogen Ausdehnung nicht zuzustimmen, weil der Wille des Gesetzgebers klar gegen dieselbe spricht. Die Protokolle²⁾ sagen es ausdrücklich, dass die Bestimmungen des Art. 347 nicht auf Platzgeschäfte sich beziehen, für diese vielmehr die Particulargesetzgebung massgebend sein solle. Wenngleich der Gedanke der Commission noch nicht mit dem des Gesetzgebers identisch ist, so kann man ihn dann doch als Willen der letzteren auffassen, wenn er mit dem Wortlaut des Gesetzes selbst übereinstimmt, wie dies in unserer Frage zutrifft. Es mangelt auf diese Weise die wesentlichste Voraussetzung der Analogie, dass der Gesetzgeber an den neuen Fall gar nicht gedacht hat und hätte er daran gedacht, ihn ebenso entschieden haben würde. Selbst wenn wir daher das Gesetz als innerlich nicht gerechtfertigt erkennen, so können wir trotzdem den Willen des Gesetzgebers nicht korrigieren³⁾.

1) cf. die bei Hanauseck a. a. O. I S. 248 Anm. 22 angeführten.

2) S. 656 fg. 4584.

3) Ebenso Hahn a. a. O. II 326 fg. Gareis, Dispst. S. 27., E. H. II S. 676, Hanauseck a. a. O. I S. 248 fg. Staub a. a. O. § 48. R. O. H. G. II S. 83, IX S. 51, X S. 349, XIII S. 265, XXIII S. 59 R. G. II 60.

Im Übrigen ist damit, dass Art. 347 nicht analoge Anwendung auf Platzgeschäfte findet, noch nicht gesagt, dass mit der Rüge bis zum Ablauf der Verjährungsfrist gewartet werden kann. Falls die Landesgesetze keine Vorschriften über Rügepflicht enthalten, so greift ein allgemeiner Handelsgebrauch Platz, nach welchem der Käufer die Mittheilung von Monitoren nicht ungebührlich verzögern darf. cf. hierfür die bei Staub § 48 G. und Art. 347 citierten.

§. 18. .

Mängel der Zusendung.

1. Hinsichtlich der Art der Uebersendung geht die herrschende Meinung dahin, in dem Schweigen über eine Abweichung vom Vertrage könne zwar den Umständen nach eine Genehmigung liegen, sie sei aber kein Ausfluss des Principes des Art. 347. Mit diesem Satz ist wenig greifbares geboten. Hanauseck¹⁾ geht daher weiter und hält es für ein Gebot der bona fides dem Verkäufer die Anzeige des Nichtkonsenses zu machen. Um die Sachlage genauer prüfen zu können, nehmen wir einmal folgenden practischen Fall:

Ein Kaufmann erhält auf Bestellung von 50 Centner pulverisierter Stärke in Fässern zugesandt. Bei der Untersuchung derselben stellt sich heraus, dass die Stärke völlig den Ansprüchen genügt, dass aber die Fässer sich in höchst defectem Zustand befinden und ein längeres Belassen der Stärke in denselben wegen des leicht eintretenden Zusammenfallens derselben unmöglich erscheint. In Folge dessen sieht sich der Käufer genötigt, neue Fässer anzuschaffen und eine Umfüllung vorzunehmen, was beides mit nicht unerheblichen Kosten verbunden ist. Ist nun der Käufer verpflichtet sofort den Verkäufer hiervon zu unterrichten oder braucht er damit erst hervorzutreten, wenn er auf Zahlung des Kaufpreises belangt wird? Vertritt man letztere Ansicht, so denke man nur, wie sehr dem Verkäufer durch die Länge der Zeit der Beweis erschwert wird, die Fässer hätten sich bei Absendung der Waare in ordnungsmässigem Zustand befunden, der defecte Zustand sei erst durch den Transport hervorgerufen, falle also zu Last des Transporteurs oder unter die vom Käufer zu tragende Gefahr, oder wie es ihm eventuell geradezu unmöglich gemacht wird, Regress an dem Fabrikanten der Fässer zu nehmen. Hanauseck meint, die

1) a. a. O. S. 266.

bona fides gebiete die Anzeige; warum aber will man etwas auf bona fides zurückführen, wenn das Gesetz aus Rücksicht auf eben dieselbe Bestimmungen getroffen hat, deren weiterer analoger Ausdehnung nichts entgegensteht? Art. 347 sucht zu verhindern, dass Käufer nicht nach längerer Zeit mit nachträglichen Monitoren kommt; das Geschäft soll völlig abgewickelt werden; was Käufer be-
anstandet, soll er sofort mitteilen und nicht den Verkäufer in Ungewissheit belassen. Art. 347 spricht zwar selbst nur von Mängeln der Waare, es besteht aber sachlich kein Unterschied, ob gegen den Verkäufer wegen mangelhafter Waarenleistung oder wegen mangelhafter Verpackung Ansprüche erhoben werden sollen. Die ersteren verdienen keinen grösseren Schutz als die letzteren. Es erfordert daher die ratio des Art. 347 ihn auch analog auf die Art der Uebersendung anzuwenden. — Wir haben zwar einen Fall in das Auge gefasst, in welchem es sich um mangelhafte Verpackung handelt, aber oben schon hervorgehoben, dass sie unter die Art der Uebersendung fällt, wenn der Vertrag nichts über sie bestimmt. Die Sachlage bleibt dieselbe, wenn statt Eilsendung gewöhnliche Frachtsendung, statt Wasserwegs der Landweg gewählt ist etc.

Art. 347 ist analog auf Abweichungen vom Vertrage hinsichtlich der Art der Uebersendung anzuwenden.

2. Eine Abweichung vom Vertrage ist ferner möglich hinsichtlich der Lieferungszeit, indem entweder zu früh oder zu spät die Waare in die Hände des Käufers gelangt. Von den sich hieraus entwickelnden materiell-rechtlichen Ansprüchen haben wir, als ausserhalb unserer Aufgabe liegend, nicht zu handeln, vielmehr nur zu untersuchen, ob dieselbe durch vorbehaltlose Annahme als genehmigt erscheinen und ob es zu ihrer Erhaltung nicht der Rüge bedarf. Die herrschende Meinung fasst das Schweigen nur bei Rechtfertigung durch besondere Umstände als Genehmigung auf; Hanauseck¹⁾ hält es dann

1) I. S. 257. 258.

für ein Gebot der bona fides die Rüge der zu späten oder zu frühen Sendung nicht unverhältnissmässig hinauszuschieben, wenn der Käufer deswegen die Waare zurückzuweisen beabsichtigt. Wir sind dagegen mit Gareis¹⁾ der Ansicht, dass es einer Rüge bei Vermeidung der Genehmigung in jedem Falle bedarf. Die Verhältnisse liegen genau ebenso wie in dem vorher näher ausgeführten Falle der Abweichung vom Vertrage hinsichtlich der Art der Uebersendung. Es kommt sogar als weiteres höchst wichtiges für die analoge Anwendung des Art. 347 sprechendes Moment der Umstand hinzu, dass der Käufer in den zahlreichen Fällen, in welchen er wegen nicht rechtzeitiger Leistung zur Zurückweisung der Waare berechtigt ist, leicht die Zwischenzeit zu speculativen Zwecken ausnutzen kann. Die Motive zum Preussischen Entwurf betonen es als besonderes Ziel, diese speculative Ausbeutung der Lage zu verhindern, so dass neben dem Streben nach baldiger vollständiger Abwicklung des Geschäfts auch letzteres Moment stark dafür spricht, den Art. 347 analog auf die Rechtzeitigkeit der Leistung auszudehnen. Dass übrigens die in Art. 356 geforderte besondere Anzeige nicht gegen die von uns aufgestellte allgemeine Rügepflicht spricht, haben wir schon früher nachzuweisen versucht. —

Die soeben erwähnten Gesichtspunkte sind auch für die Lieferung an einem dem Vertrage nicht entsprechenden Ort massgebend. Hanauseck²⁾ meint zwar eine analoge Anwendung des Art. 347 sei ausgeschlossen, besonders weil die Konstatierung der Vertragswidrigkeit, durch die Versäumniss sofortiger Anzeige nicht erschwert werde. Dennoch hält auch er es unter Umständen für eine Verletzung des bona fides, wenn der Käufer die Mitteilung der Nichtgenehmigung zu lange hinausschiebt. —

1) E. H. II. S. 693. 694.

2) a. a. O. I. S. 256 fg.

Auch hier wird der Käufer eventuelle Ansprüche geltend machen, deren Erhebung bei der Abrechnung eine unverhältnissmässig späte ist. Desgleichen liegt die Gefahr sehr nahe, dass der Käufer eine grössere Zwischenzeit zu seinen Gunsten ausnutzt. Stellt sich nämlich der Lieferungsort als ein gutes Absatzgebiet dar, so wird er zur Genehmigung leicht geneigt sein, hat er sich aber hierin getäuscht, dann tritt er mit seinen alten Ansprüchen am vertragsmässigen Ort zu liefern hervor; und umgekehrt, war er zuerst einer Genehmigung abhold, so wird er bei längerer Zwischenzeit die Gelegenheit haben sich eines anderen zu besinnen und die Sendung an den nicht vertragsmässigen Ort billigen. Eine derartig günstige Stellung des Käufers sucht gerade Art. 347 unmöglich zu machen und es liegt nur in der ratio desselben, wenn man ihn auf die Lieferung an einen nicht vertragsmässigen Ort ausdehnt.

Bezüglich aller soeben erwähnten Mängel in der Art der Zusendung liegt es ganz ausserordentlich im Interesse des Handelsverkehrs, namentlich wo es sich um Grossbetrieb und starken Umsatz handelt, dass die einzelnen Geschäfte völlig abgewickelt werden. Es ist Thatsache, dass die meisten Kaufleute ihre Rechnungsabschlüsse bei der Jahreswende oder zu andern für die Verkehrswelt bedeutenden Zeitabschnitten machen. Würden derartige Einreden nicht sofort nach der Effectuierung vorgebracht, sondern erst bei Erledigung der Zahlung, so denke man nur an den kolossalen Zusammenfluss von zu bewältigender Correspondenz, an das Einarbeiten in ältere Bücher und die sonstigen zahlreichen Schwierigkeiten, namentlich Beweismittel herbeizuschaffen. Treffendere Gründe als die, welche für eine analoge Anwendung des Art. 347 auf die nicht in der Waare selbst bestehende Vertragsabweichung sprechen, sind kaum denkbar, denn die dem Art. 347 zu Grunde liegende ratio findet sich bei jenen völlig wieder.

§. 19.

Mängel der Preisberechnung.

Wie ist die Sachlage zu beurteilen, wenn der Verkäufer in der mit der Waare eintreffenden Factura einseitig Zahlungsmodalitäten vorschreibt? Staub¹⁾ wendet sich sehr eifrig gegen die Möglichkeit einer diesbezüglichen Anwendung des Art. 347 und meint eine Rüge komme regelmässig zurecht, wenn sie bei der Preisregulierung erfolge, trotzdem unter Umständen nach Treu und Glauben im Handelsverkehr eine sofortige Monitur erfordert werde.

Hanauseck²⁾ hält, wie schon erwähnt, eine analoge Ausdehnung des Art. 347 überhaupt für ausgeschlossen und fügt zur besonderen Motivierung für die Nichtanwendbarkeit des Art. 347 auf Abweichen in der Preisberechnung hinzu, dass der Art. 347 überhaupt nur Fälle im Auge habe, welche eine eventuelle Nichtannahme der Waare ermöglichen. Letztere sei aber wegen Preisberechnung ausgeschlossen.

Die entgegengesetzte Ansicht wie die bisher genannten vertritt Gareis³⁾. Man könne zwar der Rügepflicht der Preisberechnung entgegensetzen, der Vertrag sei perfect, die vom Verkäufer einseitig ausgehende Factura sei ein völlig irrelevantes Papier. Damit erkläre man aber jede Rügepflicht für überflüssig. Bei der Beweglichkeit des Handels sei sogar ein Vertrag dann ein Kaufvertrag, wenn nichts über den Preis verabredet wäre; es werde eben stillschweigend der ortsübliche, der Marktpreis zu Grunde gelegt und eine Preiserhöhung erscheine dabei für gewisse Fälle vorbehalten zu sein. Die Verpflichtung, die Factura zu prüfen wäre sinnlos, wenn nicht auch die Rügepflicht mit dem Billigungspräjudiz in Bezug auf das der Factur zu entnehmende bestände.

1) a. a. O. S. 803.

2) a. a. O. I S. 254. In dieser Weise argumentieren fast alle Gegner der analogen Ausdehnung des Art. 347 auf Preisberechnung. cf. die a. a. O. Citierten.

3) E. H. II. S. 692 besonders Anm. 77 und Disp. S. 47—49.

Dieser Ansicht vermögen wir uns nicht anzuschliessen. Die Bedeutung der *Factur* für die Rügepflicht werden wir später noch genauer zu untersuchen haben, wir gehen daher nur auf die von *Gareis* bezüglich der Preisberechnung aufgestellten Behauptungen ein.

Nach unserer Auffassung kann von einer Rügepflicht hinsichtlich der Preisberechnung auf Grund des Art. 347 nicht die Rede sein. Der Art. 347 führt die Mängelrüge ein, um den Verkäufer nicht darüber im ungewissen zu lassen, ob der Käufer die gelieferte Waare behalten will, teils damit er im Ablehnungsfall anderweitig über sie verfügen kann, teils damit ihm bei Bemängelung der Beschaffenheit der Beweis durch Ablauf einer grösseren Frist nicht gar zu sehr erschwert wird. Ausserdem soll die speculative Ausnutzung der Zwischenzeit dem Verkäufer möglichst benommen werden. Diese 3 Gesichtspunkte fallen aber bei einer Abweichung der *Factur* vom vertragsmässigen Preise völlig fort. Der Käufer ist nach Annahme der Waare nicht mehr berechtigt, dieselbe dem Käufer zur Verfügung zu stellen, von der Entdeckung heimlicher Mängel abgesehen. Eine Unsicherheit über den Bestand des Geschäftes selbst oder die Geltendmachung mangelhafter Beschaffenheit ist, wenn die Waare vertragsmässig, ausgeschlossen und gleichzeitig kann der Gedanke an speculative Übervorteilung des Verkäufers, wenn es sich nur um andere als die vertragsmässige Preisstellung handelt, gar nicht statt haben. Ob eine Rügepflicht in dieser Hinsicht überhaupt besteht, ob sie nicht als ein Grundsatz der *bona fides* anzusehen, ob sie vielleicht aus Art. 323 zu rechtfertigen ist, ist eine Frage, deren specielle Untersuchung ausserhalb des Rahmens unserer Aufgabe liegt. Wir haben hier nur festzustellen, dass eine Rügepflicht bezüglich der Preisabweichungen nicht auf Art. 377 H. G. B. auch nicht durch analoge Ausdehnung zurückzuführen ist. Diesen Standpunkt teilt auch das Reichsoberhandelsge-

richt¹⁾ indem es Dispositionsstellung nur wegen Preisdifferenz für nicht unter Art. 347 fallend erklärt und auf den Rechtsweg verweist, wenn nicht gütliche Einigung erfolgt.

§. 20.

Erkennbarkeit vor der Zusendung.

1. Der Käufer kann von der Beschaffenheit des Kaufobjects vor dem Erhalten der Waare selbst Kenntniss erhalten, wenn ihm eine Ausfallprobe oder eine die Waare beschreibende Factur vorher zugeht. Ist das erstere der Fall, so hat der Käufer die Verpflichtung, die Ausfallprobe sofort zu untersuchen und die entdeckten Mängel anzuzeigen; bemerkt er später noch andere ihm bei der Untersuchung verborgen gebliebene Fehler, so ist er auch diese sofort nach ihrer Entdeckung zu rügen verpflichtet, denn der Verkäufer hat durch die Lieferung der Ausfallsprobe die Identität der zu liefernden Waare mit der Probe erklärt²⁾ und der Käufer weiss im Voraus, dass die zu liefernde Waare an denselben Mängeln leiden wird. Er würde, falls er nicht sofort anzeigte, in der Zwischenzeit auf den Preis speculieren und seine Entscheidung von günstigen Conjecturen abhängig machen können, was dem Princip des Art. 347 direct zuwider ist. Derselbe ist daher auch hier anzuwenden, jedoch kann das nur in analoger Weise geschehen, denn die Ausfallsprobe ist nicht die Waare selbst, sondern erfüllt nur den Zweck, den Käufer

1) R. O. H. G. II 382. Der im Band I. S. 148 fg. entschiedene Fall gehört nicht hierher. In demselben handelt es sich principaliter um Lieferung einer wertvolleren Waare und darum um Erhöhung des Preises.

2) cf. Hahn a. a. O. II S. 314.

über die Beschaffenheit der Waare im voraus zu orientieren, damit er eventuell Wünsche geltend machen kann.

2. Wenn wir von dem Einfluss auf die Rügepflicht eines schon aus der Factura hervorgehenden Mangels, falls diese vor der Waare eingetroffen, sprechen, so können selbstverständlich hierfür nur solche Abweichungen vom Vertrage in Betracht kommen, für welche wir in unserer bisherigen Untersuchung die Rügepflicht auf Grund des Art. 347 H. G. B. aufzustellen gesucht haben. Es handelt sich hier um die Frage: Entspricht es dem Art. 347 H. G. B. oder dem aus ihm hervorgehenden Principe, den Käufer nach dem Empfang der Factura der Rügepflicht dann zu unterwerfen, wenn aus ihr schon klar und deutlich eine Abweichung vom Vertrage hervorgeht und der Käufer schon auf Grund der Factura entschlossen ist, den Mangel nicht zu genehmigen und wohl möglich auf eine Annahme der Waare zu verzichten? Nach Staub¹⁾ greifen auf keinen Fall die Vorschriften des Art. 347 Platz, wenn der Mangel der Waare sich aus der Faktur ergibt. Zwar leugnet er vor allem jede Wirkung einer einseitigen Preisnormierung durch den Verkäufer, aber aus dem ganzen Zusammenhang geht hervor, dass dies auch bei jeder anderen aus der Factur ersichtlichen Vertragsabweichung geschieht.

v. Hahn²⁾ teilt Staub's Standpunkt. „Hat der Käufer aus der vor der Ablieferung der Waaren empfangenen Factura Kenntnis von der Nichtvertragsmässigkeit der Waare erhalten, so kann daraus, dass der Käufer dies nicht rügt, unter Umständen gefolgert werden, er habe stillschweigend sein Einverständnis mit der angegebenen Ausführung des Kaufes erklärt. Einen Verlust des Rügerechts nach Art. 347 nimmt er aber deswegen nicht an, weil nach seiner Auffassung das Gesetz dem entgegen. Nur wenn der Käufer in der Lage war, sich durch Unter-

1) S. 803 § 16.

2) II S. 315—16.

suchung der abgelieferten Waare Kenntniss zu verschaffen, verwirkt er sein Rügerecht¹⁾).

Ebenfalls auf das Gesetz selbst stützt sich v. d. Leyen²⁾. Nach seiner Auffassung hat der Verkäufer vor der Ablieferung d. h. derjenigen Handlung des Verkäufers, welche dem Käufer das factische Innehaben des Kaufobjects gewährt³⁾, nicht vollständig seine Pflichten erfüllt, es muss dem Käufer durch die Ablieferung erst die Untersuchung ermöglicht werden. Der Ausdruck Ablieferung sei ein in so hohem Masse scharfer und präziser, dass man nicht auf Grund der bona fides etwa zum Schutze des Verkäufers, die vagen Worte, „sobald der Käufer factisch dazu im Stande sei, habe er zu rügen“ setzen dürfe⁴⁾.

Wolle man dies thun, so werde der Chicane Thor und Thür geöffnet und der Käufer stehe dem Gesetze gegenüber völlig schutzlos da. Durch eine derartige Ansicht würde ausserdem die schon an sich über die Auslegung des Art. 347 H. G. B. bestehende Rechtsunsicherheit vermehrt und dem Käufer, dem es „eine wahre Herzensberuhigung“ sein müsse, einen positiven Anhaltspunkt für die Zeit seiner Rügepflicht zu haben, der einzige feste Stützpunkt hierfür genommen. Zwar könne man nicht leugnen, dass es in einem einzelnen Falle eine harte Bestimmung sei, wenn der Käufer erst mit der Ablieferung rüge. Dennoch habe die den Verkäufer über das vom Handelsgesetzbuch bestimmt vorgezeichnete Mass schützende bona fides hier um so weniger Berechtigung als ja der letztere die Bestellung seines Mitkontrahenten nicht genügend berücksichtigt hat. —

Hanauseck⁵⁾ hält es ebenfalls für ausgeschlossen, dass schon auf Grund einer der Waare vorausgehenden

1) II S. 295—96.

2) G. Z. XVI. S. 102 fgd.

3) a. a. O. S. 89.

4) a. a. O. S. 103—104.

5) cf. Hanauseck II. S. 49. Anm. 4 und die dort citierten Entscheidungen sowie derselbe Facturen und Facturenklauseln S. 33.

Factor die Rügepflicht des Art. 347 H. G. B. eintrete; desgleichen leugnet er den Bestand eines von Gareis behaupteten Gewohnheitsrechtes dahingehend, dass eine Rügepflicht bezüglich des von dem ursprünglichen Vertrage abweichenden Inhaltes der Factura bei Prüfung der Genehmigung besteht.

Ziemlich den gleichen Standpunkt wie Hanauseck, nimmt das Reichsoberhandelsgericht ein. Es leugnet einerseits den Bestand eines Handelsgewohnheitsrechtes und andererseits geht es in den Fällen, in welchen es den Käufer durch die Factura für gebunden hielt, nicht etwa vom Art. 347 H. G. B. aus, sondern schliesst aus den konkreten Umständen auf den Genehmigungswillen des Käufers¹⁾. Im übrigen finden sich in der Praxis noch 2 Urteile, welche klar und deutlich der Factura jede Bedeutung hinsichtlich der Rügepflicht des Art. 347 H. G. B. absprechen. Es ist das schon öfter erwähnte Urteil des Berliner Obertribunals²⁾ und ein Erkenntnis des Ober-Appellationsgerichts Lübeck³⁾. Das erstere meint Art. 347 H. G. B. bezieht sich auf die Untersuchung der Waare nach deren Ablieferung, passe aber nicht nach Inhalt und Absicht auf den Fall, wo dem Käufer nicht die Waare, sondern nur die Factur ausgehändigt wird. Das letztere behauptet, unter Umständen und namentlich dann, wenn es sich um eine Abweichung handelt, von welcher der Verkäufer die Genehmigung des Käufers vermuten könnte, habe derselbe ohne Verzug gegen den Inhalt des ihm übersandten Dokuments Einspruch zu erheben. Weiter zu gehen und eine allgemeine Rügepflicht aufzustellen, würde sich weder aus allgemeinen Grundsätzen noch aus denen des Art. 347 rechtfertigen.

Die gerade entgegengesetzten Ansichten, wie die bisher erwähnten vertritt Gareis⁴⁾. In seiner Schrift

1) Hanauseck II. S. 49. Anm. 4.

2) Busch, Archiv VII. S. 28 fgd.

3) Busch, Archiv XXVII. S. 165 fgd.

4) E. H. II. S. 683 fg. S. 692. S. 703 und Dispst. S. 43 fg.

über Dispositionsstellung¹⁾ berechnet er den Zeitpunkt, von welchem an man von der Pflicht zur Erklärung des Dissenses sprechen könne, nach dem Momente, in welchem der Käufer Kenntniss von der Beschaffenheit der Lieferung erhält. Es verstosse gegen kaufmännische Gegenseitigkeit und Treue, wie gegen das Interesse der raschen Abwicklung der Geschäfte, wenn man einen späteren Termin für entscheidend halten wollte. Aus dem Umstand aber, dass Art. 347 nur von der Untersuchung der wirklich zugesandten Waare spreche, lasse sich keineswegs schliessen, dass die Rügepflicht nicht schon eintrete, falls der Mangel vorher aus den Papieren erkennbar ist. Unbestritten stehe die Rügepflicht fest bei inhärierenden Contractwidrigkeiten; die sogenannten adhärierenden Mängel seien aber von diesen principiell absolut nicht unterschieden. Gebe man dies zu, so müsse man auch eingestehen, dass sofort nach Kenntnissnahme zur Disposition zu stellen sei, da in beiden Fällen juristisch genau dasselbe vorliege, nämlich Dissens des Empfängers. Aus dieser sofort nach Eingang der Factur eintretenden Anzeigepflicht könne der Absender wegen verspäteter Monitur ein Recht dann nicht ableiten, wenn die Factur noch Zweifel darüber bestehen lasse, ob die zugesandte Waare nicht doch noch für den Empfänger brauchbar sei, und wenn zwischen Ankunft des beschreibenden Papiers und der Waare voraussichtlich nur so wenig Zeit verfliehe, dass auch der Moment der Ankunft der Waare noch in den Zeitraum fällt, innerhalb dessen die Beanstandung auf Grund des zuvor eingetroffenen Papiers nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange nicht als verspätet zu erachten oder der Vorteil, dass die Waare selbst untersucht wird, die kurze Verzögerung aufzuwiegen geeignet ist, worüber das richterliche Ermessen entscheidet. —

Während Gareis in der soeben erwähnten Theorie mehr oder weniger von dem Princip des Art. 347 H. G. B.

1) S. 44.

als der Grundlage seiner Betrachtung ausgeht, begründet er in seiner Abhandlung über den Kauf in Endemanns Handbuch die Pflicht zu sofortiger Monitur nach Kenntnisnahme der Factur mit einem nach seiner Meinung bestehenden Gewohnheitsrechte¹⁾. Zwar vertritt er auch schon in seiner Dispositionsstellung die von uns früher zurückgewiesene Ansicht, jede in der Factur vom Verkäufer gemachte Proposition bedürfe der Reclamation, namentlich also Preisnormierungen etc.; in seinem letztgenannten Aufsätze sieht er dagegen in dem Art. 347 H. G. B. nur einen Teil des allgemeinen durch Verkehrsinteresse, Usance und Praxis bestehenden Principes das Schweigen auf eine Zusendung in allen Beziehungen als Genehmigung der Vertragserfüllung anzusehen. An früherer Stelle haben wir bereits erklärt, dass es dem Zweckgedanken des Art. 347 H. G. B. nicht entspricht, eine Ausdehnung der Anzeigepflicht auf Preisproposition anzunehmen; auf das Bestehen eines hierzu zwingenden Gewohnheitsrechtes einzugehen, ist an diesem Orte nicht unsere Aufgabe, wo es darauf ankommt, die Rügepflicht auf Art. 347 zu basieren. —

Eine ähnliche, fast so weitgehende Meinung wie Gareis vertritt Krävel²⁾. Er hält es für eine im Handelsverkehr allgemein anerkannte Regel, dass der Käufer die Ausstellungen gegen die ihm übersandte Waare dem Verkäufer ohne Verzug anzeigen müsse, sobald er dazu factisch in Stand gesetzt sei, wenn er auch die Waare selbst noch nicht untersuchen konnte. Art. 347 H. G. B. wende diese allgemeine Rechtsregel nur auf einzelne besonders hervorgehobene Fälle an.

Auch Roloff³⁾ hält es mit Rücksicht auf den Zweck der Anzeige für geboten, die Rüge nach Kenntnis von der Waare vorzunehmen, um die Möglichkeit dem

1) S. 683. S. 692. S. 703 etc.

2) Busch Archiv XVII. S. 363.

3) Busch Archiv VII. S. 30 fg.

Käufer abzuschneiden, Preisconjunctionen zu seinen Gunsten zu benutzen¹⁾).

In den soeben angeführten verschiedenen Meinungen stehen sich vor allem 2 Gesichtspunkte entgegen, von der Leyen und die anderen auf seiner Seite stehenden Schriftsteller suchen vor allem die Käufer zu schützen und halten deswegen eine vor der Ablieferung bestehende Rügepflicht für unannehmbar.

Die entgegengesetzte Theorie geht mehr von dem Gesichtspunkte des Art. 347 H. G. B. aus, indem sie das demselben zu Grunde liegende Princip festzustellen sucht und nun ihrerseits diesem auch Fälle, wo die ratio eine Anwendung des festgestellten Principes erfordert, unterwirft. Schon des öfteren haben wir in unserer bisherigen Untersuchung auf den Zweckgedanken des Art. 347 H. G. B. hingewiesen und gehen auch von ihm bei der Beurteilung unserer vorliegenden Frage aus. Vor allem soll die Speculation des Käufers auf Preisconjunctionen vermieden werden, indem nicht die gewöhnlichen civilrechtlichen Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen aus mangelhafter Vertragserfüllung laufen, sondern die sofortige Rüge nach Ablieferung der Waare vorgeschrieben wird. Unter Ablieferung versteht man — darüber ist man einig — die Handlung des Verkäufers, die dem Käufer ein factisches Innehaben des Kaufobjectes gewährt²⁾. Hieraus ergiebt sich, dass direct Art. 347 H. G. B. nicht angewendet werden kann, wenn der Käufer durch eine ihm vor der Waare zugehende Factor von einem Mangel der Waare Kenntniss erhält. Es fragt sich daher nur, ob hier eine analoge Anwendung am Platze ist.

Nach unserer Auffassung ist diese Frage zu bejahen. Es ist kein Grund vorhanden, um dessen Willen man dem Käufer, der den Mangel aus der Factor klar ersieht, eine

1) Des weiteren cf. folgender Urtheile: G. Z. XXIII S. 531. Busch Archiv III S. 377. IX S. 204. XXXI S. 351. XL S. 216.

2) v. d. Leyen a. a. O. S. 89.

längere Frist zur Anzeige gewähren soll, als dem, der ihn erst durch Untersuchung erfährt. Freilich werden von den Gegnern verschiedene Bedenken geltend gemacht.

v. Hahn hält das Rügerecht des Art. 347 für ausgeschlossen, weil eine Untersuchungspflicht besteht ¹⁾, womit also das Innehaben der Waare vorausgesetzt wird. Er scheint uns aber mit dieser Behauptung keineswegs konsequent zu sein. Er führt nämlich aus, dass der Hauptsatz des Gesetzgebers der sei, der Verkäufer müsse jeden Mangel sofort anzeigen, sobald er denselben kennen lerne; in der 2. Reihe fügt derselbe noch einen 2. Rechtssatz hinzu, der Käufer könne sich nicht auf Unkenntnis von Fehlern berufen, welche er bei Vornahme alsbaldiger Untersuchung hätte erkennen können bezüglich müssen. Hieraus geht klar hervor, dass der Zweck der Gesetzbestimmung die sofortige Rüge ist, das Mittel diesen zu erreichen die Untersuchung bildet. Regelmässig wird der Käufer zweifelsohne erst durch Untersuchung genauere Kenntnis über die Beschaffenheit der Waare resp. über die Abweichung derselben erhalten, keineswegs immer. Aus dem Umstande aber, dass der Gesetzgeber den gewöhnlichen Fall herausgreift, in welchem der Käufer die Nichtvertragsmässigkeit der Leistung erfährt, zu schliessen, er verzichte dann auf sein klar hervorgehobenes Ziel, wenn der Käufer auf andere Weise von den Mängeln der Erfüllung unterrichtet wird, halten wir nicht für gerechtfertigt.

Ein Gesetzgeber kann häufig gar nicht alle Möglichkeiten ausdrücklich anführen, er wird sich meist damit begnügen müssen, ein festes Princip aufzustellen, dessen Durchführung im einzelnen Sache der Rechtswissenschaft und der Praxis sein wird.

Als leitenden Gesichtspunkt hat auch v. Hahn die sofortige Rüge nach Kenntnis von der Beschaffenheit der Waare, nicht die Untersuchungspflicht charakterisiert und so halten wir es nicht für konsequent, wenn er wegen

1) a. a. O. II. S. 295.

eines immerhin als nebensächlich gekennzeichneten Punktes auf die Durchführung des festgestellten Principes verzichtet.

Auch v. d. Leyen¹⁾ stützt sich auf die Untersuchungspflicht und ein damit vorausgesetztes Innehaben der Waare. Gleichzeitig geht er auf eine Kritik der gegnerischen Meinung ein. Er erklärt, wenn ein Eintreten der Rügepflicht dem Geiste des Gesetzes dann angemessen sein soll, sobald der Käufer von der mangelhaften Leistung Kenntniss hat, so sei der Geist mit den Worten in directem Widerspruch; schutzlos stehe der Käufer da, der Chicane sei Thor und Thür geöffnet und an Stelle einer präzisen Gesetzesbestimmung trete ein vager Begriff. Dem gegenüber ist hervorzuheben, dass v. d. Leyen die ganz falsche Stelle in dem Art. 347 H. G. B. betont. Sein Hauptgewicht liegt nicht in der Untersuchung nach der Ablieferung, sondern in dem allerdings nach v. d. Leyen „bisher nicht gekannten Princip“, das den Käufer mit Rücksicht auf den Handel und Verkehr vor Uebervorteilung und Verschleppung des Geschäftes sichern will.

Die Schutzlosigkeit des Käufers kann wohl nicht im practischen Leben so stark hervortreten, denn sonst hätte sich schwerlich ein in diesem wurzelndes Gewohnheitsrecht gebildet, welches dieselben Bestimmungen wie Art. 347 enthielt und aus welchem letzterer erst hervorgegangen ist.

Inwiefern bei dem Eintritt der Rügepflicht, sobald die Mängel aus der Factor erkennbar sind, der Chikane Thor und Thür geöffnet werden, ist nicht einzusehen; gesteht doch v. d. Leyen selbst zu, dass es bisweilen gegen den Verkäufer hart sei, wenn nicht gleich nach Kenntniss von der Beschaffenheit gerügt werde.

Auf der anderen Seite geht uns Gareis zu weit. Nach unserer Ansicht können, wenn sich schon aus der vor der Waare eintreffenden Factor fehlerhafte Vertrags-

1) a. a. O. S. 102—103.

erfüllung ergiebt, nur diejenigen Mängel einer Rügepflicht unterworfen werden, welche an sich der Mängelrüge des Art. 347 sei es direct oder durch analoge Ausdehnung unterliegen und welche wir im einzelnen durchgesprochen haben.

V. Abschnitt.

Das Verhältniß des Art. 347 zum Landesrecht.

§ 21.

Art. 1 H. G. B. bestimmt, dass das Handelsgesetzbuch in Handelssachen in 2. und 3. Linie erst Handelsgebräuche und bürgerliches Recht zur Anwendung kommen. Hierdurch ist auch der Geltungskreis des Art. 347 H. G. B. festgestellt. Er hat daher derogatorische Kraft gegenüber allen Landesgesetzen und keineswegs greift hier etwa der Grundsatz Platz *lex posterior generalis non derogat legi speciali priori*¹⁾.

Ganz abgesehen davon, dass nach unserer Ansicht keine Möglichkeit vorliegt, dies mit Art. 1 H. G. B. in Uebereinstimmung zu setzen, haben wir ausserdem für das Gegenteil bezüglich des Art. 347 einen positiven Anhalt im Gesetz. Nach Art. 349 H. G. B. Abs. 4 wird an den besonderen Gesetzen oder Handelsgebräuchen, durch welche für einzelne Arten von Gegenständen eine kürzere Frist wie die des Art. 349 bestimmt ist, durch die im Art. 347 bestimmten Zeitgrenzen nichts geändert.

1) cf v. Hahn a. a. O. S. 293 und 333.

Ex argumento e contrario geht hieraus hervor, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Landesrechte überhaupt durch Art. 349 modificiert werden, dass diese Modificationen aber nicht eintreten, falls die Frist eine noch günstigere für den Verkäufer als die im Handelsgesetzbuch normierte ist. Art. 349 nimmt aber auf Art. 347 Bezug; was von ihm gilt, muss auch von letzterem gelten. Eine verschiedene Behandlung beider Artikel in Bezug auf ihre Wirkung gegenüber dem Landesrecht ist nicht denkbar, denn wenn die Fristen Landesgesetze derogieren, so müssen die materiellen Bestimmungen gleiche Kraft haben. Das eine oder das andere wäre sinnlos¹⁾.

Durch diese Bestimmung des Art. 349 bleiben daher alle Specialgesetze nur so weit bestehen, als die Frist zu Geltendmachung von Mängeln eine kürzere als 6 Monate ist, was namentlich für den Viehhandel Bedeutung hat.

2. §. 22.

Modificationen der gesetzlichen Bestimmungen durch Parteiabrede.

Die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über den Kauf sind dispositiver Natur, die Parteien vermögen sie durch Abrede zu ändern. In dem Verkehr finden sich daher häufig Klauseln, welche die Rügepflicht resp. das Rügerecht bald einschränken bald erweitern.

I. Zu den ersteren gehört die Klausel „tel quel“. Dieselbe befreit den Käufer von der gesetzlichen Pflicht, Handelsgut mittlerer Art und Güte zu liefern in dem Sinne, dass der Verkäufer innerhalb der gesagten Gattung auch die geringste Qualität liefern darf. Der dolus des Verkäufers wird hierdurch nicht geschützt²⁾.

1) Derselben Ansicht Hanauseck a. a. O. II. S. 35.

2) Hanauseck a. a. O. I S. 88—89.

Andere Klauseln lauten „auf Besicht“, „Besicht erklärt“, „wie zu besehen“. Dieselben werden meistens dann angewandt, wenn es sich um Käufe inter praesentes oder um solche handelt, in welchen die Kaufsache vor Kaufabschluss dem Käufer zugänglich ist¹⁾, kommen jedoch auch sonst noch vor. Diese Klauseln sind insofern mit dem Institut des merkantilen Empfanges verwandt, als sie dieselbe Wirkung haben, eine spätere Rüge des Käufers bezüglich der Mängel auszuschliessen, welche bei einer etwaigen Untersuchung der Waare erkennbar waren²⁾. Ein Unterschied zwischen unseren Klauseln und dem merkantilen Empfang besteht darin, dass letzterer die Möglichkeit einer Untersuchung voraussetzt, bezüglich der ersteren dagegen dieser Umstand ganz gleichgültig ist. Hat der Verkäufer dem Käufer bestimmte Zusicherungen über Eigenschaften der Waare gemacht, so haben die Klauseln die Wirkung, dass sie auch betreffs der zugesicherten Eigenschaften als Genehmigung gelten, falls diese nicht verborgen waren³⁾. Anderer Meinung ist Thöl⁴⁾. Er behauptet der Verkäufer müsse für zugesicherte Eigenschaften einstehen, wenn eine Untersuchung nicht möglich war z. B. bei schwimmenden Waaren und selbst dann, wenn die Untersuchung möglich aber unterlassen war. Für den Fall dass es sich um schwimmende Waare oder eine ähnliche sich aus den konkreten Umständen ergebende Sachlage handelt, stimmen wir Thöl bei, im allgemeinen aber hat nach unserer Auffassung die Klausel „auf Besicht“ oder „wie zu besehen“ die genehmigende Kraft auch bei zugesicherten Eigenschaften. Den Beweis liefert die Kombination des Kaufs nach Probe und auf Besicht. Hier kann letzteres nur bedeuten, dass der Verkäufer gegen

1) Hanauseck a. a. O. I S. 89.

2) Hanauseck a. a. O. S. 90. Thöl, Handelsrecht I § 82 S. 484—85.

3) Hanauseck a. a. O. I S. 90—91.

4) Thoel a. a. O. I § 82 S. 484.

eine spätere Geltendmachung der Probewidrigkeit der Waare geschützt sein soll¹⁾.

Des weiteren finden sich noch die Klauseln namentlich in Bremen „Empfang erklärt“. Dieselbe ist jedoch sachlich durchaus nicht von den soeben besprochenen verschieden. Sie hat eben auch die Bedeutung der Genehmigung der Waare, wie wenn diese untersucht wäre²⁾.

Ferner kommt die Klausel vor „auf Nachstechen“, „auf Nachziehen“, dieselbe ist nicht der Klausel auf Besicht gleich³⁾, sondern aus der Spezialisierung scheint uns hervorzugehen, dass hiermit nur die Art und Weise sowie etwa die Intensität der Prüfung bezeichnet werden soll.

II. Neben den erwähnten Klauseln finden sich auch häufig Parteiabreden, welche die gesetzliche Mängelrüge insofern erweitern, als die Frist, innerhalb welcher der Anspruch wegen der fehlerhaften Vertragserfüllung geltend gemacht werden darf, verlängert werden kann. Natürlich ist es auch möglich auszubedingen, dass die Moniturflicht des Art. 347 nicht sofort nach Entdeckung des Mangels eintritt, aus einer Verlängerung der Verjährungsfrist des Art. 349 jedoch allein ist eine Verlängerung der Rügefrist nicht zu schliessen⁴⁾.

Häufig findet man aber letztere mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes vereinbart⁵⁾.

1) Hanauseck a. a. O. I. S. 91.

2) Hanauseck a. a. O. S. 90—92, Thoel I § 82 S. 483.

3) Thoel a. a. O. I § 71 S. 431.

4) Gareis E. H. II S. 764. Hahn a. a. O. II S. 334. Makower a. a. O. S. 401 R. O. H. G. IX S. 15.

5) cf. R. O. H. G. VII S. 318. VIII S. 335. IX S. 404, XIII S. 9. XV S. 209.

§. 23.

Schluss.

Im Verlaufe unserer Untersuchung sind wir zu dem Ergebnis gelangt, dass die Rügepflicht des Art. 347 H. G. B. sich keineswegs nur auf Quantitätsmängel bezieht, und dass dieselbe sehr wohl einer analogen Ausdehnung fähig ist. Es fragt sich daher nur, ob nicht vielleicht die in der Litteratur und Praxis hervortretende Tendenz, das Anwendungsgebiet des Art. 347 einzuschränken ein *de lege ferenda* wichtiges Symptom ist, welches darauf hinweist, eine entsprechende Änderung des Gesetzes herbeizuführen.

Wir möchten dies bestreiten. Die Tendenz der Praxis das Anwendungsgebiet des Art. 347 einzuschränken ist sehr erklärlich und wird bei fast allen formellen Bestimmungen des Rechts zu beobachten sein. Die Fälle, welche dem Gericht vorliegen, sind meistens der Art, dass die Anwendungen der Gesetzesbestimmungen für die eine oder die andere Partei gewisse Härten auf sich bringt. Dennoch darf aber der wohlthätige Einfluss, den eine derartige Norm auf die allgemeine Entwicklung und die Sicherheit des Verkehrs ausübt, nicht verkannt werden. Das Gesetz soll möglichst den Bedürfnissen des praktischen Lebens Rechnung tragen und diesen gerecht zu werden versuchen. Wenn wir aber diesen Gesichtspunkt im Auge behalten, so sehen wir an den Entscheidungen der Praxis, welche die herrschende Meinung zeitigt, wie wenig zweckdienlich *de lege ferenda* eine derartige Gesetzesänderung wäre. An früherer Stelle haben wir auf die grossen Bedenklichkeiten der herrschenden Meinung für das Verkehrsleben hingewiesen; wir brauchen sie nicht zu wiederholen, sie werden ja auch vielfach von deren Vertretern selbst zugestanden. In dieser Hinsicht ist daher nicht nur ein Fortbestand des Art. 347, sondern vor allem seine wirkliche praktische Durchführung erstrebenswert.

Wohl aber giebt es eine andere Richtung, in welcher eine Umgestaltung des Art. 347 uns wünschenswert er-

scheint, nämlich dahin, dass er ferner nicht mehr auf die Geschäfte zwischen Kaufleuten und Privaten angewandt, sondern auf den Verkehr zwischen Kaufleuten beschränkt wird.

In dem Gesetz selbst ist kein Anhalt für eine derartige Beschränkung gegeben und aus den Beratungen der Commission¹⁾ geht klar hervor, dass deren Absicht dahin ging, Art. 347 auch zwischen Nichtkaufleuten zur Anwendung zu bringen. Eine Bestimmung wie Art. 347 ist seiner ganzen Natur nach auf Geschäfte zwischen Kaufleuten, nicht aber für den Verkehr des Kaufmanns mit Consumenten zugeschnitten.

Wir können daher Ehrlich²⁾ nur zustimmen, wenn er ausspricht, dass hier eine Beurteilung von einseitigen kaufmännischen Interessen uns vorliegt und sind mit ihm de lege ferenda der Ansicht, dass eine Beschränkung des Art. 347 auf den Handel zwischen Kaufleuten ein erstrebenswertes Ziel ist.

1) Protokolle S. 645.

2) a. a. O. S. 194—95.

Lebenslauf.

Geboren bin ich, Karl Bruno Gustav Lothholz zu Stargard in Pommern am 30. October 1872 als Sohn des dortigen Gymnasialdirectors Lothholz. Aufgezogen in evangelischer Confession, besuchte ich zunächst das Gymnasium meiner Heimatstadt und später mit der Verlegung des elterlichen Wohnsitzes nach Halle, die Lateinische Hauptschule daselbst. Seit Michaelis 1891 widmete ich mich auf den Universitäten Jena, Heidelberg, Halle dem Studium der Rechtswissenschaft. Als meinen Lehrern bin ich zu Dank verpflichtet den Herren Professoren: Franken, Kniep, Thon, Lorenz, — Buhl, Jellineck, Karlowa, — van Calker, Conrad, Diehl, Fitting, Heck, Lastig, Löning, v. Liszt, Rümelin, Schollmeyer, Stammler.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich bei dem Königl. Oberlandesgericht in Naumburg a. S. am 21. Januar 1895, das examen rigorosum am 2. November desselben Jahres. Augenblicklich bin ich als Referendar am Königl. Landgericht in Torgau beschäftigt.

Thesen.

I.

Das Jagdrecht ist ein privilegiertes Occupationsrecht und besteht als solches fort, wenn ein Nichtberechtigter sich Wild angeeignet hat.

II.

Die Vorrechtseinräumung ist nach preussischem Grundbuchrecht auf Hypotheken und Grundschulden beschränkt.

III.

Ein Gefangener, welcher zu seiner Befreiung anstiftet, ist nicht strafbar, wenn die Befreiung gelingt.

IV.

Die Normen des Völkerrechts sind wirkliche Rechtsnormen.

V.

Das sog. amerikanische Duell ist ein delictum sui generis; es fällt unter keinen Paragraphen des Strafgesetzbuchs.

IV.

Die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft hat an dem Orte des Sitzes der Gesellschaft stattzufinden, falls nicht statutarisch ein für alle Mal ein besonderer Ort hierzu bestimmt ist.

Thesis

The first part of the thesis is devoted to a study of the history of the subject. It is found that the subject has been treated in a number of different ways, and that the results have been very inconsistent.

Chapter I

The first part of the chapter is devoted to a study of the history of the subject. It is found that the subject has been treated in a number of different ways, and that the results have been very inconsistent.

The second part of the chapter is devoted to a study of the history of the subject. It is found that the subject has been treated in a number of different ways, and that the results have been very inconsistent.

The third part of the chapter is devoted to a study of the history of the subject. It is found that the subject has been treated in a number of different ways, and that the results have been very inconsistent.

The fourth part of the chapter is devoted to a study of the history of the subject. It is found that the subject has been treated in a number of different ways, and that the results have been very inconsistent.

The fifth part of the chapter is devoted to a study of the history of the subject. It is found that the subject has been treated in a number of different ways, and that the results have been very inconsistent.

The sixth part of the chapter is devoted to a study of the history of the subject. It is found that the subject has been treated in a number of different ways, and that the results have been very inconsistent.

The seventh part of the chapter is devoted to a study of the history of the subject. It is found that the subject has been treated in a number of different ways, and that the results have been very inconsistent.

Lotholz, Karl

Die Voraussetzungen der handelsgesetzlichen Rügepflicht nach Art. 347 HGB

1896

Merc. 130 li

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11815844-5